Rechtsbegründende Wirkung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung?

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des Doktorgrades

einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der Eberhard-Karls-Universität

zu Tübingen

vorgelegt von

Helmut Horn

aus Stuttgart

1940

Buchdruckerei Karl Bölzle, Tübingen, Marktgasse 10

Obmann: Professor Dr. Merk

1. Berichterstatter: Professor Dr. Blomeyer

2. Berichterstatter: Professor Dr. Kreller

Tag der mündlichen Prüfung: 25. September 1940.

Zum Druck genehmigt von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Tübingen

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 7

1. Abschnitt.

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung.

§ 1. Bedeutung im allgemeinen 8

§ 2. Anerkennung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung im geltenden Recht 10

I. Widerlegung der Ansicht Oertmanns 11

II. Widerlegung der Ansicht Brenners 13

§ 3. Ableitung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung aus dem Gesetz 16

I. § 242 BGB als gesetzliche Grundlage 16

II. Geltungsbereich des § 242 BGB 19

III. Verhältnis des § 242 BGB als Rechtsausübungsschranke zu § 826 BGB 23

§ 4. Wirkung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung im Prozeß 24

I. Außentheorie 25

II. Innentheorie 25

Zusammenfassung der Ergebnisse des ersten Abschnitts . . . 26

2. Abschnitt.

Anwendbarkeit des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung auf die von der Praxis damit gelösten Fälle

§ 5. Die wichtigsten Fallgruppen 27

I. Verwirkung 27

II. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Einrede der Verjährung 28

Seite

III. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Formmangels 28

1. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber Rückforderungsansprüchen 31

2. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber Erfüllungsweigerung 31

§ 6. Insbesondere die Anwendung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung zur Ableitung von Erfüllungsansprüchen aus formnichtigen Verträgen 32

I. Beispielsfälle 32

1. Die Entscheidung des V. Zivilsenats vom 28. 11. 1923 32

2. Die Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 12. 11. 1936 34

3. Die Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts in JW 1938, S. 2426 34

4. Die Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1938 S. 1023 35

II. Ist hier der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung richtig angewendet? 35

§ 7. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts gemäß § 139 BGB. 39

Zusammenfassung zum zweiten Abschnitt 40

3. Abschnitt.

Andere Lösungsmöglichkeiten für die aus dem Anwendungsbereich des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ausgeschiedenen Fälle

1. Kapitel: Vom Schrifttum vorgeschlagene Lösungen . . . 42

§ 8. Der Gesichtspunkt der culpa in contrahendo 43

§ 9. Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens? 45

I. Bedeutung dieses Rechtssatzes 46

II. Anwendbarkeit auf die erörterten Fälle 47

Seite

III. Anerkennung eines Einwandes des treuwidrigen Parteivorbringens im geltenden Recht 50

§ 10. Lösung mittels einer actio doli? 51

2. Kapitel: Lösung durch Anerkennung der rechtsbegründenden Wirkung des in § 242 BGB enthaltenen Rechtsgedankens 54

§ 11. Anerkennung der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben im allgemeinen 55

§ 12. Ableitung der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben aus dem Gesetz 58

I. Gesetzliche Anerkennung der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben in Einzelvorschriften 58

1. § 162 I BGB 58

2. § 405 BGB 59

II. § 242 BGB als rechtsbegründende Norm 60

1. Der Wortlaut des § 242 BGB 60

2. Durchbrechung des Wortlauts 61

a) Anerkennung des § 242 BGB als Anspruchsgrundlage in Rechtsprechung und Schrifttum 61

α) Aufwertung 61

β) culpa in contrahendo 62

γ) Pflicht zur Genehmigung entgegen § 181 BGB abgeschlossener Verträge 63

δ) Auf § 242 BGB gestützte Nebenrechte . 64

b) Stellungnahme 65

§ 13. Anwendung des § 242 BGB in seiner Bedeutung als Anspruchsgrundlage auf die aus dem Anwendungsbereich des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ausgeschiedenen Fälle. Rechtspolitische Bedenken gegen diese Lösung. 67

I. Anwendung des § 242 BGB 67

II. Rechtspolitische Bedenken gegen diese Lösung . . . 69

Zusammenfassung und Schluß 71

Schrifttum 74

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549608_0131

Einleitung.

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung wird heute von der Praxis in zahlreichen Fällen angewandt. Er dient dazu, gerechte Entscheidungen auch dort zu erzielen, wo die Herbeiziehung der positiven Normen allein solche nicht ermöglicht. Im Anwendungsbereich dieses Rechtsbehelfs haben sich Fallgruppen gebildet; sie sind zum Teil, wie z. B. das Institut der Verwirkung, allgemein anerkannt, zum Teil aber auch, wie z. B. die Anwendung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften, stark umstritten.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, zu untersuchen, ob der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in allen diesen Fallgruppen zu Recht herangezogen wird, ob nicht vielmehr gewisse Fälle auszuscheiden werden müssen, die mit diesem Rechtsbehelf nicht gelöst werden können. Es soll weiter versucht werden, den richtigen Weg zur Entscheidung auch dieser Tatbestände zu finden.

Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, ist es erforderlich, zuerst Wesen und Wirkung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung zu schildern und zu denjenigen Streitfragen Stellung zu nehmen, die hier noch bestehen. (1. Abschnitt). Dann sind die wichtigsten von der Praxis gebildeten Fallgruppen auf die Anwendbarkeit des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung zu prüfen, und diejenigen Fälle herauszustellen, in welchen der Einwand im Gegensatz zu der Ansicht der Praxis nicht Platz greifen kann (2. Abschnitt). Des weiteren ist zu untersuchen, ob diese Fälle auf anderen, vom Schrifttum vorgeschlagenen Wegen zu entscheiden sind. Endlich ist darzulegen, wie diese Fälle allein richtig gelöst werden können (3. Abschnitt).

1. Abschnitt.

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung.

§ 1. Bedeutung im allgemeinen.

Innerhalb der Gesamtrechtsordnung haben die das Gebiet des Privatrechts erfassenden Gesetze die Aufgabe, die Beziehungen der einzelnen Rechtsgenossen untereinander gerecht, d. h. dem Rechtsempfinden des Volkes entsprechend zu regeln.

Jedes Gesetz enthält nun vor allem positive Normen, d. h. Rechtssätze, die an einen bestimmten scharf umgrenzten Tatbestand bestimmte Rechtsfolgen knüpfen. Sollten diese Normen der Aufgabe der Gesetze gerecht werden, so müßte sich bei ihrer richtigen Anwendung in jedem Falle ein gerechtes Ergebnis erzielen lassen. Dies ist jedoch nicht möglich. Denn positive Normen sind lückenhaft und unvollkommen [1]).

Diese Unvollkommenheit beruht auf folgenden Gründen und ist in folgender Hinsicht gegeben:

Einmal erfaßt die ausdrücklich gesetzliche Regelung als Ganzes betrachtet — die Summe der positiven Normen — nicht alle Lebenstatbestände. Denn nach Schaffung des Gesetzeswerks entstehen infolge der wirtschaftlichen und technischen Weiterentwicklung gänzlich neuartige Sachlagen. Für diese nachträglich entstandenen Lebenstatbestände bietet das Gesetz in seinen positiven Normen überhaupt keine Regelung; es fehlt an einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift, die in solchen Fällen zur Anwendung kommen könnte.

In diesen Fällen echter Gesetzeslücken wird eine Entscheidung nur ermöglicht durch ergänzende Rechtsfindung [2]).

Abgesehen von diesen echten Lücken, dem Fehlen positiver Normen überhaupt, sind die positiven Normen auch als einzelne be-

[1]) Mot. I S. 16 f; Wendt, exceptio doli generalis, in: Arch. civ. Pr. Bd. 100 S. 1 ff, insbes. S. 106; Danz in Jher. Jb. Bd. 38 S. 373 ff, insbes. S. 395; Brenner, exceptio doli generalis, Diss. 1926, S. 1 f; Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 1931, § 53, S. 152 ff.

[2]) vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey aaO § 53 II, S. 154 ff.

trachtet, unvollkommen. Sie ermöglichen nicht in allen Fällen, auf die sie an sich zutreffen, eine gerechte Entscheidung. Dies beruht auf folgendem:

Bei Schaffung des Gesetzes kann der Gesetzgeber nicht die Auswirkung der aufgestellten Rechtssätze auf sämtliche denkbaren Lebenstatbestände überblicken, welche sich unter diese Normen subsummieren lassen. Daraus folgt, daß die Gesetzesnormen zwar für den Regelfall eine gerechte Entscheidung enthalten, daß sie aber bei Anwendung auf besonders gelagerte Lebenstatbestände, an die der Gesetzgeber gerade wegen ihrer Besonderheit nicht gedacht hat, zu Ergebnissen führen, die dem Rechtsempfinden des Volkes widersprechen. Ferner ändert sich mit der Weltanschauung auch die Rechtsauffassung des Volkes, — man denke nur an den Umbruch von 1933 und den dadurch hervorgerufenen grundlegenden Wandel des Rechtsempfindens. Dies führt dazu, daß die durch die positiven Normen geschaffenen Regelungen in gewissen Fällen nicht mehr gerecht erscheinen, während sie den zur Zeit des Gesetzeserlasses herrschenden Auffassungen durchaus entsprachen.

Die positiven Gesetzesnormen führen also auch dort, wo sie technisch zutreffen, in Sonderfällen zu ungerechten Ergebnissen. Auch hier kann man von Lücken der gesetzlichen Regelung sprechen[3]). Man muß sich jedoch darüber klar sein, daß nicht Lücken im Sinne des Fehlens positiver Normen überhaupt vorliegen, sondern daß solche Vorschriften zwar vorhanden und technisch anwendbar sind, aber keine *richtige* Entscheidung ermöglichen. Es ist besser, hier nicht von Gesetzeslücken, sondern von *Mangelhaftigkeit* der ausdrücklichen Gesetzesnormen zu reden.

Die ausdrücklichen Vorschriften privatrechtlicher Gesetze enthalten — neben Geboten — in erster Linie Gewährungen, d. h. sie billigen dem einzelnen Rechtsgenossen unter bestimmten Voraussetzungen subjektive Rechte zu[4]). Bezüglich dieser Gewährungen wirkt sich die Mangelhaftigkeit der positiven Normen dahin aus, daß dem einzelnen Rechtsgenossen auch in solchen Fällen Rechte gewährt werden, in denen dies wegen der besonderen Lage des Einzelfalls dem Rechtsempfinden zuwider läuft. Während also die Verleihung von Rechten durch das Gesetz und damit natürlich auch ihre Ausübung im Regelfall nicht nur dem Gesetze, sondern auch dem Rechtsempfinden des Volkes entspricht, erscheint sie in derartigen Fällen, obwohl vom Gesetze gestattet, ungerecht. Die an den positiven Normen unter dem

[3]) Enneccerus-Nipperdey aaO.
[4]) ebd. § 27, S. 76 ff.

Gesichtspunkt der Gerechtigkeit geübte Kritik richtet sich hier dagegen, daß sie dem einzelnen Rechtsgenossen angesichts der besonderen Sachlage zu viel Rechtsmacht zubilligen.

In solchen Fällen greift als Mittel, Fehlentscheidungen zu verhindern, der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ein[5]). Er ist Ausdruck und Verwirklichung des Rechtsgedankens, daß von den positiven Normen gewährte subjektive Rechte entgegen diesen Normen insoweit nicht vorhanden sind und daher auch nicht ausgeübt werden können, als ihre Durchsetzung der Gerechtigkeit widersprechen würde.

Es ist demnach festzustellen:

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung dient der Korrektur der positiven Normen in denjenigen besonders gelagerten Fällen, in denen diese in Widerspruch zum Rechtsempfinden des Volkes dem einzelnen Rechtsgenossen zu viel Rechtsmacht verleihen.

§ 2. Anerkennung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung im geltenden Recht.

Das BGB enthält nicht, wie etwa das Schweizer Zivilgesetzbuch in Art. 2[6]), einen ausdrücklichen, allgemeinen Rechtssatz, der jede gegen das Rechtsempfinden verstoßende („mißbräuchliche") Ausübung eines Rechtes für unzulässig erklärt.

Von der Unzulässigkeit der Ausübung eines Rechts ist nur in § 226 BGB die Rede. Diese Vorschrift setzt aber voraus, daß die Rechtsausübung nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen. Sobald auch eigennützige Zwecke verfolgt werden, was durchaus die Regel ist, trifft § 226 BGB nicht zu. Infolgedessen hat diese Vorschrift nur sehr geringe Bedeutung erlangt[7]). Sie ist nicht geeignet, einen Rechtssatz zu stützen oder zu ersetzen, der jede — auch eigennützige — Rechtsausübung für unstatthaft erklärt, wenn sie dem Rechtsempfinden widerspricht.

[5]) vgl. Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 157.

[6]) „Jedermann hat in Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Der offenbare Mißbrauch eines Rechts erfährt keinen Rechtsschutz".

[7]) Staudinger-Riezler, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1936, S. 1036 Anm. 1 zu § 226; vgl. auch Neukam, Rechtsbehelfe des Käufers bei Formnichtigkeit des Verpflichtungsvertrages nach § 313 BGB bei Baugrundstücken, Diss. 1934, S. 46.

Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung ist jetzt — nach anfänglichem Streit[8]) — so gut wie allgemein anerkannt[9]), daß aus den Normen des geltenden Rechts ein „Einwand der unzulässigen Rechtsausübung" mit der oben geschilderten Bedeutung abzuleiten ist. Die Bezeichnung dieses Rechtsbehelfs ist freilich nicht einheitlich; vielfach werden auch heute noch die früher gebräuchlichen Ausdrücke „exceptio doli generalis" oder „Einrede der allgemeinen Arglist" verwendet.

Widerspruch findet die Anerkennung dieses Rechtsbehelfs noch von zwei Gesichtspunkten aus, nämlich einmal vom rechtspolitischen und zum zweiten vom rechtstechnischen.

I. Oertmann[10]) ist der Ansicht, daß im geltenden Recht für eine exceptio dolis generalis kein Raum sei. Er begründet dies wie folgt:

Einmal sei ein Bedürfnis für einen solchen Rechtssatz nicht vorhanden. Vor allem aber wäre seine Anerkennung äußerst bedenklich; denn es würde dadurch die Herrschaft planloser Billigkeitserwägungen herbeigeführt und an die Stelle des Gesetzes das willkürliche Ermessen des Richters gesetzt. Dies würde zur Vernichtung der Rechtssicherheit führen.

Endlich bleibe die Anerkennung einer exceptio doli generalis auch deshalb Bedenken unterworfen, weil sie Treu und Glauben allein als rechtshinderndes, nicht auch positiv als rechtsbegründendes Moment anerkenne.

Es kann Oertmann nicht zugestimmt werden. Was die Behauptung betrifft, es sei kein Bedürfnis für die Anerkennung einer exceptio doli generalis vorhanden, so ist sie durch die Praxis zur Genüge widerlegt. Aber auch aus den in § 1 angestellten allgemeinen Erwägungen ergibt sich, daß in manchen Fällen ohne Korrektur der ausdrücklichen Gesetzesvorschriften eine gerechte Entscheidung nicht zu finden ist. Wenn man es also für notwendig hält, in jedem Fall

[8]) vgl. insbes. Wendt aaO gegen Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des BGB, 1902; weiteres Schrifttum vgl. Enneccerus-Nipperdey aaO S. 696 Anm. 8 zu § 208.

[9]) Planck-Siber, Recht der Schuldverhältnisse, allg. Teil, 4. Aufl. 1914, S. 45 Anm. 3 a zu § 242; Warneyer, BGB I. Teil, 1. Aufl. 1923, S. 383, V zu § 226; Enneccerus-Nipperdey aaO S. 696, § 208; Enneccerus-Lehmann. Schuldverhältnisse, 12. Aufl. 1932, S. 17, § 4 II 1; Lehmann, Allg. Teil, 4. Aufl. 1933, S. 101; Stoll in JW 1927 S. 2118 ff; Palandt BGB 1. Aufl. 1939, S. 197 Anm. 2 a zu § 242; Siebert aaO; Gadow, Die Einrede der Arglist, in Jher. Jb. 48. Bd. (1934) S. 174 ff; RG 58 S. 356 ff (grundlegend); neuestens RG in JW 1937 S. 1057 u. S. 1305; RG in JW 1938 S. 527 u. ö.

[10]) BGB, Allg. Teil, 3. Aufl. 1927, S. 708 ff.

gerecht zu entscheiden, so muß man auch ein Bedürfnis nach der Anerkennung eines Mittels bejahen, das eine solche Korrektur ermöglicht.

Wie das zweite Argument Oertmanns zeigt, liegt sein Widerspruch im wesentlichen gerade darin begründet, daß er die Korrektur positiver Normen nicht für wünschenswert hält, es vielmehr für besser erachtet, die „Rechtssicherheit" auch um den Preis ungerechter Entscheidungen zu wahren. Denn er befürchtet, daß die Anerkennung einer exceptio doli generalis die Herrschaft planloser Billigkeitserwägungen herbeiführen würde.

Dagegen ist vor allem zu sagen, daß dieses Bedenken nur für die lex ferenda Bedeutung haben könnte. Denn wenn Oertmann, was aus seinen Ausführungen entnommen werden muß, die Ableitung einer exceptio doli generalis aus dem geltenden Recht für rechtstechnisch möglich hält, so ist gänzlich unmaßgeblich, ob gegen diesen Rechtsbehelf rechtspolitische Bedenken bestehen. Der Richter ist nach unserer Rechtsordnung an das Gesetz (im materiellen Sinn) gebunden. Es steht ihm nicht frei, Rechtssätze, die sich bei richtiger Auslegung aus dem Gesetze ergeben, außer Acht zu lassen, er hat sie vielmehr anzuwenden.

Aber auch davon abgesehen, kann den Ausführungen Oertmanns nicht gefolgt werden. Ziel der Rechtsordnung ist es, der Gerechtigkeit immer und überall zum Durchbruch zu verhelfen, auch auf Kosten der Rechtssicherheit. Denn „Rechtssicherheit" in dem von Oertmann gebrauchten Sinn erscheint nicht erstrebenswert. Dieses vielgebrauchte Schlagwort enthält bekanntlich die Forderung, daß für jeden Streitfall die richterliche Entscheidung vorherzuberechnen sein soll. Dies kann sie natürlich nur sein, wenn der Richter sich streng an die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften hält, unbekümmert um die Richtigkeit des Ergebnisses vom Standpunkte des Rechtsempfindens des Volkes aus. Mit Recht bemerkt Palandt[11]), daß Rechtssicherheit in diesem Sinne nur für denjenigen wichtig ist, der sich in Ausnutzung seiner Rechte an der Grenze des Zulässigen bewegt, daß aber von dem allein maßgeblichen Standpunkt der Volksgemeinschaft aus keinerlei Interesse besteht, ein solches Verhalten zu erleichtern und zu schützen.

Auch die von Oertmann geäußerte Befürchtung, der Richter werde nach planlosen Billigkeitserwägungen entscheiden, kann nicht geteilt werden. Sicher ist es für den Richter schwieriger, im Einzelfalle unter Zuhilfenahme allgemeiner Rechtssätze gerecht zu entscheiden, als jeden

[11]) Palandt aaO S. 196 zu § 242.

Tatbestand durch Anwendung ausdrücklicher Vorschriften zu lösen, unbekümmert um das Ergebnis. Aber deswegen ist doch ein Mißtrauen gegen den Richter, wie es Oertmann zum Ausdruck bringt, in keiner Weise gerechtfertigt. Es besteht kein Grund, daran zu zweifeln, daß der Richter auch bei Anwendung der exceptio doli generalis nicht nach Willkür entscheidet, sondern auf das genaueste prüft, was im Einzelfall wirklich dem Rechtsempfinden des Volkes entspricht.

Außerdem aber setzt der Richter, wenn er den erörterten Rechtsbehelf anwendet, nichts anstelle des Gesetzes, sondern er entscheidet nach allgemeinen Rechtssätzen, die sich widerum aus dem Gesetze ergeben [12]).

Was endlich den letzten Einwand Oertmanns betrifft, die Anerkennung einer exceptio doli generalis unterliege Bedenken, weil sie Treu und Glauben allein rechtshindernde, nicht auch positiv rechtsbegründende Wirkung zuschreibe, so ist dieses Bedenken nicht stichhaltig. Richtig ist zwar, daß der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nur zur Einschränkung der von den positiven Normen verliehenen Rechtsmacht dient, daß ihm also nur rechtshindernde Wirkung zukommt. Damit ist aber nicht, wie Oertmann offenbar meint, eine rechtsbegründende Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben überhaupt verneint. Denn die Anerkennung der exceptio doli generalis enthält keineswegs den Ausspruch, daß diesem Gedanken nicht auch rechtsbegründende Kraft zuzuschreiben sei; sie besagt noch gar nichts darüber, ob nicht daneben ein weiterer Rechtssatz Geltung hat, der Ausdruck einer rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben ist. Das Bedenken Oertmanns trifft daher die exceptio doli generalis nicht; es könnte nur gegen die Ansicht erhoben werden, daß nur die exceptio doli generalis, nicht auch ein positives Gegenstück zu ihr anerkannt werden soll. Darum aber handelt es sich hier nicht.

Nach allem ist die Ansicht Oertmanns abzulehnen; die von ihm gegen die Anerkennung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung erhobenen Bedenken sind nicht durchschlagend.

II. Auch Brenner [13]) verneint die Anerkennung einer exceptio doli generalis für das geltende Recht. Im Gegensatz zu Oertmann anerkennt er zwar die Notwendigkeit, in jedem Falle eine gerechte Entscheidung zu finden, sieht jedoch in der exceptio doli generalis nicht das richtige Mittel dazu. Er führt im wesentlichen aus [14]):

[12]) Wendt aaO S. 94; Enneccerus-Nipperdey aaO S. 696, § 208 Anm. 9.
[13]) Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Diss. 1926.
[14]) ebd. S. 2 f.

Die exceptio doli generalis habe keinen konstruktiven Eigenwert. Ihre Anwendung verdecke vielmehr teils Gesetzes- und Rechtsgeschäftsauslegung, teils ergänzende richterliche Rechtsfindung. Vor allem aber werde durch Anwendung dieses Rechtsbehelfs nur im konkreten Einzelfall Abhilfe geschaffen; eine Umgestaltung des Gesetzes durch Schaffung neuer, abstrakter Tatbestände werde dabei mit Willen vermieden, obwohl sie allein der richtige Weg sei. Außerdem bedeute die Anwendung der exceptio doli generalis lediglich aberkennende Richtertätigkeit.

Brenner kann nicht beigepflichtet werden. Richtig ist zwar, daß das Reichsgericht verschiedentlich die exceptio doli generalis auch in Fällen angewendet hat, in denen schon ausdrückliche Gesetzesbestimmungen bei richtiger Auslegung zu einem gerechten Ergebnis geführt hätten. Dies ist natürlich verfehlt; denn der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kann ja seinem Wesen nach nur dort eingreifen, wo die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften und ihre Auslegung nicht zu einer gerechten Entscheidung führen. Gesetzes- oder Rechtsgeschäftsauslegung reichen aber, wie Brenner selbst ausführt, bei weitem nicht in allen Fällen aus[15]). Wo sie versagen, will Brenner durch ergänzende richterliche Rechtsfindung zum Ziele kommen. Er fordert dabei vom Richter nicht nur Abhilfe für den Einzelfall, sondern Umgestaltung des Gesetzes durch Schaffung neuer abstrakter Tatbestände.

Der Unterschied dieser Methode zur Anwendung der exceptio doli generalis ist folgender:

Die exceptio doli generalis ist ein aus dem Gesetze abgeleiteter Rechtssatz, der dem Richter gebietet, im *Einzelfalle* von den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften abzuweichen. Eine „Umgestaltung" dieser Rechtssätze findet dabei natürlich nicht statt; sie werden nur kraft gesetzlicher Anordnung im Einzelfall nicht angewendet.

Richterliche Rechtsfindung im Sinne Brenners dagegen bedeutet, daß der Richter, ohne sich dabei auf eine gesetzliche Vorschrift zu stützen, die positiven Normen nach dem Einzelfall umgestaltet, d. h. immer dann, wenn sie nicht zu einem gerechten Ergebnis führen, abändert und an Hand dieses Einzelfalls neue abstrakte Tatbestände aufstellt.

---

[15]) Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht auf die einzelnen Fälle eingegangen werden, die Brenner im Gegensatz zum Reichsgericht durch Gesetzes- und Rechtsgeschäftsauslegung lösen will (S. 6 ff.). Jedoch mag so viel gesagt werden, daß ein beträchtlicher Teil der Lösungsversuche Brenners nicht zu überzeugen vermag. Vgl. auch § 3 unten S. 32 und § 8 unten S. 64 ff.

Diese von Brenner geforderte Methode, gerechte Ergebnisse zu erzielen, ist jedoch weder zweckmäßig, noch überhaupt zulässig:

Wie in § 1 ausgeführt, lassen sich durch Anwendung der ausausdrücklichen Gesetzesvorschriften im Regelfall gerechte Ergebnisse erzielen; nur in ganz besonders gelagerten Fällen versagen diese Vorschriften[16]). Es ist abwegig, für solche außergewöhnlichen Lebensverhältnisse neue abstrakte Tatbestände aufstellen und das Gesetz umändern zu wollen. Denn diese neuen „Rechtssätze" würden genau die gleichen Mängel aufweisen, wie die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften: sie würden bei neuauftretenden, wieder anders gelagerten Fällen zu ungerechten Ergebnissen führen. Denn die Lebenstatbestände sind so mannigfaltig und unübersehbar, daß sie sich nicht in starre Regeln pressen lassen. Dies zeigt am besten die Rechtsprechung des Reichsgerichts zur exceptio doli generalis. So oft versucht wurde, für die Anwendung dieses Rechtsbehelfs in einzelnen Fallgruppen starre, festumrissene Voraussetzungen aufzustellen, mußten diese nach kurzer Zeit wieder durchbrochen werden, weil neuartige Sachlagen auftraten[17]). Brenner wäre folglich bei Durchführung seiner Methode gezwungen, immer wieder von neuem „zur Umgestaltung des Gesetzes" und zur Aufstellung neuer Rechtssätze zu greifen. Dies würde zu einem unübersichtlichen System neuer „Rechtssätze" führen, deren Zahl mehr und mehr anwachsen würde. Es erscheint sinnvoller, ohne an den positiven Normen als solchen zu rütteln, in Sonderfällen den notwendigen Ausgleich durch einen allgemeinen Rechtssatz, den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung herbeizuführen. Die Methode Brenners ist, abgesehen davon, nach geltendem Recht nicht zulässig:

Der Richter ist an das Gesetz, d. h. an die vorhandenen geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsnormen gebunden. Er ist demnach nicht befugt, das Gesetz einfach umzugestalten, weil es in Sonderfällen nicht paßt. Ein Rechtssatz, der dem Richter dies erlauben und ihn damit zum Gesetzgeber machen würde, findet sich nirgends. Auch von diesem Gesichtspunkt aus ist die Ansicht Brenners nicht haltbar.

Der letzte Einwand Brenners gegen die exceptio doli generalis, ihre Anwendung bedeute nur aberkennende richterliche Tätigkeit, entspricht genau dem oben (S. 13) geschilderten Bedenken Oertmanns, die exceptio doli generalis verleihe dem Gedanken von Treu und Glauben

[16]) Eine andere Frage, die nicht in diesen Zusammenhang gehört, ist es, ob „mißglückte" Gesetzesvorschriften, die schon für den Regelfall nicht passen, vom Richter umzugestalten sind.

[17]) vgl. z. B. RGZ 153 S. 59 f. gegenüber RGZ 107 S. 356 ff.

nur negative Wirkung. Es kann daher, um Wiederholungen zu vermeiden, insoweit auf die Ausführungen verwiesen werden, welche der Ansicht Oertmanns entgegengehalten wurden.

Nach allem ist die Ansicht Brenners abzulehnen.

Als Ergebnis der angestellten Untersuchung ist festzuhalten, daß mit der herrschenden Lehre das Bestehen des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung für das geltende Recht anzuerkennen ist.

§ 3. Ableitung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung aus dem Gesetz.

Es ist noch nicht völlig geklärt, auf welche Norm — oder Normen — des geltenden Rechts der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung zu stützen ist, und — im Zusammenhang damit — in welchen Rechtsgebieten er Anwendung finden kann.

Es handelt sich, wie gezeigt, bei diesem Rechtsbehelf um den Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, daß die Ausübung eines Rechts nur insoweit zulässig ist, als sie mit dem Rechtsempfinden des Volkes in Einklang steht. Daraus folgt, daß er seine Grundlage jedenfalls nur in solchen Rechtssätzen finden kann, die auf die Anschauungen des Volkes verweisen. Dies trifft vor allem bei denjenigen Vorschriften des BGB zu, die eine Bezugnahme auf Treu und Glauben oder die guten Sitten enthalten. Unter diesen Normen wiederum haben § 242 BGB und § 826 BGB die größte Bedeutung.

1. So herrscht denn auch in Schrifttum und Rechtsprechung Uebereinstimmung darüber, daß der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in § 242 BGB eine gesetzliche Grundlage findet[18]).

Dem ist zuzustimmen; den überzeugenden Ausführungen insbesondere Wendts[19]) und neuerdings Sieberts[20]) braucht in dieser Hinsicht nichts hinzugefügt zu werden. Es bedarf nur einer kurzen Darlegung der Ergebnisse ihrer Untersuchungen:

[18]) Grundlegend Wendt aaO; Stoll in JW 1927 S. 2128 ff; Lehmann aaO S. 101; Gadow, Die Einrede der Arglist, in Jher. Jb. Bd. 84 (1934) S. 174 ff, insbes. S. 183 f; Siebert in JW 1932 S. 943; Derſ., Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 91 ff; Palandt aaO S. 197 Anm. 2a zu § 242; RG ständig.

[19]) aaO S. 87 ff.

[20]) aaO S. 91 ff.

§ 242 BGB regelt zwar seinem Wortlaut nach nur, *wie* der Schuldner eine Leistung zu erbringen hat, zu der er verpflichtet ist. Der Wortlaut dieser Vorschrift ist jedoch zu eng; der in ihr enthaltene Gedanke von Treu und Glauben hat eine weitergehende Bedeutung. Er ist nicht nur für die Frage maßgebend, wie der Schuldner leisten muß, sondern auch *ob* er überhaupt zur Leistung verpflichtet ist, und damit natürlich auch, ob der Gläubiger einen Anspruch auf Leistung hat. Der in § 242 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke wirkt demnach gegenüber den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften „korrektorisch“ [21]), auch wenn der Gläubiger nach den positiven Normen einen Anspruch hat — oder besser zu haben scheint —, vermag er dieses Recht nicht durchzusetzen, weil es nach § 242 BGB trotz der Anordnung der ausdrücklichen Vorschriften nicht besteht, soweit es Treu und Glauben widersprechen würde. Sonach läßt sich auf § 242 BGB der Rechtssatz stützen, daß von den positiven Normen gewährte subjektive Rechte insoweit nicht vorhanden sind, als ihre Ausübung Treu und Glauben zuwiderlaufen würde. Dies das Ergebnis der Untersuchungen Wendts und Sieberts.

Es wurde nun in § 1 das Wesen des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung dahin gekennzeichnet, daß für das Vorhandensein bzw. die Zulässigkeit der Ausübung von den positiven Normen gewährter *Rechtsempfindungen des Volkes* maßgebend ist. § 242 BGB verweist auf Treu und Glauben. Soll er die Grundlage des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung, wie er hier geschildert wurde, bilden können, so muß in der Verweisung auf Treu und Glauben eine Bezugnahme auf das Rechtsempfinden des Volkes erblickt werden können. Dies bedarf der Erörterung:

Vorauszuschicken ist, daß sich der Begriff „Treu und Glauben“ einer juristischen Begriffsbestimmung entzieht [22]). Es kann immer nur eine Beschreibung dessen gegeben werden, was der Hinweis auf Treu und Glauben bedeutet. Im Schrifttum finden sich zahlreiche Ausführungen über die Bedeutung dieses Begriffs. Es mag genügen, als Beispiele einige dieser Ansichten aufzuzählen [23]).

---

[21]) Wendt aaO S. 104.

[22]) vgl. Oertmann, Schuldverhältnisse, I, § 242 Anm. 2, 3; auch Oppermann in JW 1934 S. 1360; Lange, Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934, S. 15; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 117.

[23]) vgl. auch die Aufzählung bei Tholl, Die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber Formvorschriften, Diss. 1930, S. 4 ff, und bei Störmer, Die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit, Diss. 1936, S. 15 ff.

Nach Stammler[24]) ist „Treu und Glauben die Norm zur Entscheidung eines rechtlichen Streits, welche in einer besonderen Sachlage im Sinne des sozialen Ideals das Richtige angibt".

Aehnlich Staudinger[25]): „Treu und Glauben entspricht dem aequum et bonum der römischen Rechtssprache, enthält also insofern in der Tat die Hinweisung auf ein soziales Ideal.

Nach Paland t[26]) ist Inhalt des Grundsatzes von Treu und Glauben „die Durchdringung von Recht und Pflicht mit dem Gedanken der Verbundenheit der Vertragsgenossen unter sich, aber auch ihrer Verbundenheit mit der Volksgemeinschaft und der jeweiligen engeren Lebensgemeinschaft". Maß dessen, was Treu und Glauben fordert, ist die „herrschende, nunmehr nationalsozialistische Weltanschauung". —

Nach v. Poellnitz[27]) liegt „ein Handeln gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dann vor, wenn das Verhalten von einem Standpunkt aus zu mißbilligen ist, der die beiderseitigen Interessen unter sozialethischen Gesichtspunkten abgewogen hat."

Die neuere Rechtsprechung beurteilt die Frage, ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, danach, ob das zu beurteilende Verhalten mit dem gesunden Volksempfnden und dem Rechtsempfinden des Volkes in Einklang steht[28]).

M. E. ist es richtig, mit der Praxis in der Bezugnahme auf Treu und Glauben eine Verweisung auf das Rechtsempfinden des Volkes zu erblicken. Denn die verwickelten Definitionsversuche, die zum Teil angeführt wurden, kommen praktisch zum gleichen Ergebnis; sie sind jedoch nicht geeignet, die Anwendung des Gedankens von Treu und Glauben in der Praxis zu erleichtern. Richtiger Ansicht nach enthält also § 242 BGB die Anordnung, nach dem Rechtsempfinden des Volkes zu beurteilen, wie und ob der Schuldner im Einzelfall leisten muß und der Gläubiger fordern darf.

Damit ist nachgewiesen, daß § 242 BGB in der Tat eine geeignete Grundlage für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, wie er in § 1 geschildert wurde, darstellt.

---

[24]) Recht der Schuldverhältnisse, S. 40.

[25]) Staudinger-Werner, Kommentar zum BGB, 1. Teil: Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1930, Anm. I zu § 242 BGB.

[26]) BGB S. 195 Anm. 1 zu § 242 BGB.

[27]) Die Arglisteinrede im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses, Diss. 1937, S. 9.

[28]) vgl. z. B. RGZ 153 S. 59 f; ferner RG in JW 1938 S. 1023 ff, insbes. S. 1024, wo es heißt: „Eine unzulässige Rechtsausübung liegt dann vor, wenn die Lossagung vom Vertrage mit dem bisher von einer Partei getätigten Verhalten nach allgemeinem Rechtsempfinden unvereinbar ist und daher gegen Treu und Glauben verstoßen würde".

II. Streit herrscht darüber, ob § 242 BGB nur auf Vertragsrecht[29]) Geltung hat, und damit auch, wie groß der Anwendungsverhältnisse Anwendung findet, oder ob er für das gesamte Privatbereich des auf § 242 BGB gestützten Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ist.

1. Gadow[30]) vertritt die Ansicht, daß § 242 BGB und damit auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nur im Recht der Schuldverhältnisse Anwendung finden könne. Das werde einmal bewiesen durch die Stellung dieser Vorschrift im Gesetz; ferner aber gebe es Rechtsgebiete, die erschöpfend geregelt seien, sodaß für die Anwendung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung kein Raum bleibe.

Für diese erschöpfend geregelten Rechtsgebiete anerkennt Gadow lediglich eine „Einrede der unerlaubten Rechtsausübung", die auf § 826 BGB beruht und die Entstehung eines Schadensersatzanspruchs voraussetzt, der dann gegenüber der Ausübung eines Rechts einredeweise geltend gemacht wird.

Der Meinung Gadows haben sich der dritte Zivilsenat des Reichsgerichts in einer Entscheidung vom 24. 3. 1939[31]), der IV. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 28. 10. 1937[32]), sowie der VII. Zivilsenat in einer Entscheidung vom 16. 2. 1937[33]) im wesentlichen angeschlossen. Unrichtig ist es freilich, wenn der VII. Zivilsenat ausführt, der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung beruhe entweder — für das Gebiet der Vertragsverhältnisse — auf § 242 BGB, oder — im Gebiet des übrigen Rechts — auf § 826 BGB, wobei unterstellt wird, daß sämtliche Voraussetzungen des § 826 BGB vorliegen müssen. Denn ein solcher, auf § 826 BGB gestützter Rechtsbehelf hat, wie Gadow nicht verkennt, mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im oben beschriebenen Sinn nichts zu tun. Er stellt keinen allgemeinen, umfassenden Schutz gegen jede Rechtsausübung dar, die dem Rechtsempfinden des Volkes zuwiderläuft[34]). Was gerecht ist, bestimmt sich ausschließlich nach objektiven Gesichtspunkten. § 826 BGB aber erfordert als Schadensersatznorm Vorsatz des

[29]) Ob § 242 BGB auch über das Gebiet des Privatrechts hinaus Geltung hat, ist in dieser Arbeit nicht zu untersuchen.
[30]) aaO S. 187 f.
[31]) RGZ 160 S. 349 ff.
[32]) RGZ 156 S. 70 ff, insbes. S. 77.
[33]) RGZ 153 S. 156 ff.
[34]) Siebert, Zum Begriff der Verwirkung, in JW 1932 S. 2385; Ders., Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 172; vgl. ferner Stoll in JW 1934 S. 352.

sittenwidrig Handelnden, enthält also ein subjektives Moment. Ferner kann ein Verstoß gegen die Rechtsanschauung schon dann — und nicht einmal nur dann — vorliegen, wenn die betreffende Handlung einen Schaden herbeizuführen geeignet ist, während § 826 BGB Schadenseintritt voraussetzt. Aus diesen Gründen darf der vom Reichsgericht auf § 826 BGB gestützte Rechtsbehelf nicht als Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bezeichnet werden; er ist vielmehr von diesem streng zu trennen. Insoweit ist Gadow zuzustimmen, der hier von einer Einrede der unerlaubten Rechtsausübung spricht[35]).

2. Der eben geschilderten Meinung steht die Ansicht gegenüber, daß der in § 242 BGB enthaltene Rechtsgedanke das Gebiet des gesamten Privatrechts beherrsche. Diese Ansicht darf heute als die im Schrifttum herrschende bezeichnet werden[36]). Ihr hat sich auch ein Teil der Senate des Reichsgerichts angeschlossen[37]). Besonders klar hat dies neuestens der VI. Zivilsenat des Reichsgerichts ausgesprochen; er hat ausgeführt, „daß der aus § 242 BGB abgeleitete Einwand der unzulässigen Rechtsausübung auch außerhalb von Vertragsverhältnissen angewandt werden könne, ja überhaupt nicht auf bestimmte Rechtsgebiete beschränkt sei.“[38]).

3. Der zu 2. geschilderten Meinung, daß § 242 BGB im Gebiete des gesamten Privatrechts gelte, ist beizupflichten. Denn die von der Gegenansicht beigezogenen Gründe sind nicht stichhaltig:

---

[35]) vgl. auch Brenner aaO S. 18, der einen ähnlichen Rechtsbehelf anerkennt und ihn „Einwand der Rechtswidrigkeit“ nennt. Auch dieser Rechtsbehelf kann den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht ersetzen. Denn Brenner verzichtet zwar auf den Eintritt eines Schadens, verlangt aber Vorsatz des sittenwidrig Handelnden.

[36]) Wendt aaO S. 333 ff; Riezler, Venire contra factum proprium, 1912, S. 132; Stammler, Schuldverhältnisse, 1924, S. 52 f; Leonhardt, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929, S. 75; Staudinger-Werner, Schuldverhältnisse, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1930, S. 37 Anm. IV zu § 242; Enneccerus-Lehmann aaO, S. 17, § 4 II 1; Lehmann, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1928, S. 96; Stoll in JW 1927, S. 2120; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, insbes. S. 123; Ders., Zum Begriffe der Verwirkung, in JW 1932, S. 2385; Ders. in JW 1934, S. 97; vgl. auch Hedemann, Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht, 1913.

[37]) RGZ 107 S. 88; RGZ 146 S. 385 ff und insbes. RGZ 135 S. 376, wo es heißt: „Dabei steht der Anwendung des § 242 BGB die Nichtigkeit des Vertrags nicht entgegen. Denn dem Einwand der Arglist kann auch bei Anwendung der Rechtssätze über die ungerechtfertigte Bereicherung Raum gewährt werden, weil die Grundsätze von Treu und Glauben den gesamten Rechtsverkehr beherrschen und überall da zur Geltung kommen müssen, wo anzunehmen ist daß der Gesetzgeber sie angewandt wissen will, um einem damit in Widerspruch stehenden Gefahren seinen Schutz zu versagen“.

[38]) Entscheidung vom 10. 12. 1938, RGZ 159 S. 99 ff, insbes. S. 104.

Daraus, daß § 242 BGB „im Schuldrecht steht“ [39]), kann eine Beschränkung seines Anwendungsbereichs nicht hergeleitet werden. Eine solche Beweisführung ist zu formalistisch; es geht nicht an, der Stellung einer Norm im Gesetz so weitgehende Bedeutung beizumessen, insbesondere deshalb nicht, weil auch sonst allgemeine Vorschriften des Schuldrechts im Gebiet des ganzen Privatrechts Anwendung finden.

Beachtlicher ist der Einwand Gadows, es gebe Rechtsgebiete, die vom Gesetzgeber so erschöpfend geregelt seien, daß für die Anwendung des im Einwand der unzulässigen Rechtsausübung verkörperten Gedankens von Treu und Glauben kein Raum mehr bleibe.

Dem ist folgendes entgegenzuhalten: Der Standpunkt Gadows läßt sich nur durch zwei Gedankengänge rechtfertigen. Man müßte entweder annehmen, in den „erschöpfend geregelten Rechtsgebieten“ könne eine Fehlentscheidung [40]) nicht in Frage kommen, weil hier die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften vollkommen und fehlerlos seien, oder man müßte davon ausgehen, daß die Normen dieser Rechtsgebiete, obwohl mangelhaft, es verbieten, die Folgen dieser Mängel durch Anwendung des Gedankens von Treu und Glauben auszugleichen.

Daß auch außerhalb der Schuldverhältnisse die ausschließliche Anwendung der positiven Normen zu Fehlentscheidungen führt, zeigt schon die Praxis [41]). Auch ist schwer einzusehen, warum der Gesetzgeber gerade bei Regelung der außerhalb des Schuldrechts liegenden Rechtsgebiete sämtliche überhaupt denkbaren Lebenstatbestände überblickt haben wollte, während ihm dies bei Schaffung der Vorschriften des Schuldrechts nicht möglich war.

Dieser Gedankengang ist also nicht durchführbar. Richtig ist daran nur so viel, daß, wie die Praxis gezeigt hat, die Fälle, die eine Anwendung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung notwendig machen, im Schuldrecht häufiger sind, als in den andern Rechtsgebieten. Dies schließt aber die grundsätzliche Anwendbarkeit dieses Rechtsbehelfs nicht aus [42]).

Auch dem zweiten Gedankengang, der Gadows Ansicht stützen könnte, kann nicht gefolgt werden. Gadow hat selbst nicht versucht, zu begründen, warum die außerhalb des Schuldrechts liegenden Rechtsgebiete eine Anwendung des Gedankens von Treu und Glauben nicht zulassen. Er hat sich damit begnügt, die Behauptung aufzustellen, sie seien „erschöpfend geregelt“. Dies beweist jedoch nichts. Man

[39]) Gadow aaO.
[40]) im oben (§ 1) beschriebenen Sinne.
[41]) z. B. RGZ 115 S. 35 ff; RGZ 135 S. 374 ff.
[42]) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 123.

könnte den Normen eines Rechtsgebiets doch nur dann die Kraft zuschreiben, die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu verbieten, wenn das Gesetz eine dahingehende Anordnung enthielte. Ein solcher Gesetzesbefehl ist jedoch im geltenden Recht auf keinem Gebiete festzustellen, wenn man nicht wieder die „Stellung des § 242 BGB im Gesetz" anführen und daraus den Schluß ziehen will, der Gesetzgeber habe durch sie anordnen wollen, daß der Gedanke von Treu und Glauben nur im Schuldrecht gelte. Daß diese Begründung nicht stichhaltig ist, wurde schon oben dargelegt. Im übrigen aber ergibt sich im Gesetz nirgends ein Anhaltspunkt dafür, daß die Normen gewisser Rechtsgebiete Vorschriften „höherer Art" sind, welche die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben auszuschließen vermögen.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ergibt sich aber auch aus allgemeinen Erwägungen: Es ist erwiesen, daß auch außerhalb des Schuldrechts die Anwendung der ausdrücklichen Gesetzesvorschriften nicht immer zum richtigen Ergebnis führt. Wie aber sollte man es begründen, daß *nur* im Gebiet des Schuldrechts in jedem Fall gerechte Ergebnisse erzielt werden können, daß aber in den übrigen Rechtsgebieten Entscheidungen in Kauf genommen werden müssen, die der Rechtsanschauung des Volkes widersprechen? Heutiger Auffassung nach dient die Rechtsordnung — und zwar die ganze Rechtsordnung — der Durchsetzung der Gerechtigkeit. Es kann keine Rede davon sein, daß der überwiegende Teil des Privatrechts davon ausgenommen sein sollte; eine solche Ansicht widerspricht unserer heutigen Weltanschauung auf das schärfste.

Man könnte dagegen einwenden, in manchen Rechtsgebieten müsse eben die Gerechtigkeit um des Schutzes der Allgemeinheit willen, zurücktreten. Es sei nötig, hier den Einzelnen — von der Fehlentscheidung betroffenen — um der Allgemeinheit willen Opfer aufzuerlegen („Gemeinnutz geht vor Eigennutz"). Diese Beweisführung beruht jedoch auf einer Verkennung des Wesens der Gerechtigkeit. Unserer Anschauung nach ist gerecht, was dem Rechtsempfinden des Volkes entspricht, ungerecht, was ihm widerspricht. Niemals aber wird diesem Rechtsempfinden eine Entscheidung zuwiderlaufen, die dem einzelnen Rechtsgenossen Opfer im Interesse der Volksgemeinschaft auferlegt. Es liegt also schon in der Bezugnahme auf das Rechtsempfinden des Volkes, wie sie § 242 BGB richtiger Ansicht nach enthält, die sicherste Gewähr dafür, daß in jedem unter Anwendung dieser Vorschrift entschiedenen Fall die Belange der Volksgemeinschaft

vor die des Einzelnen gestellt werden[43]). Unrichtig ist es also, zu sagen, § 242 BGB habe in bestimmten Rechtsgebieten deshalb keine Geltung, weil die Belange der Volksgemeinschaft entgegenstünden. Vielmehr sichert gerade die Anwendung des in § 242 BGB enthaltenen Rechtsgedanken, wenn man ihn richtig versteht, die Beachtung der Belange der Volksgemeinschaft vor denen des Einzelnen. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 242 BGB ist also auch unter diesem Gesichtspunkt nicht vertretbar.

Nach allem ist der herrschenden Lehre darin beizupflichten, daß der in § 242 BGB enthaltene Rechtsgedanke das Gebiet des gesamten Privatrechts beherrscht. Der auf § 242 BGB gestützte Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ist folglich im gesamten Privatrecht anwendbar.

III. Es bedarf noch einer Auseinandersetzung mit der von Siebert[44]) vertretenen Ansicht, daß der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung im Gebiete des gesamten Privatrechts sowohl in § 242 BGB, wie auch in § 826 BGB eine Stütze findet.

Siebert stimmt der hier vertretenen Ansicht zu, daß der Rechtsbehelf, den Gadow, Einrede der unerlaubten Rechtsausübung nennt, mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nichts zu tun hat, weil er wegen seiner engen Voraussetzungen als allgemeiner Schutz gegen den Mißbrauch von Rechten nicht in Frage kommen kann. Er leitet jedoch aus § 826 BGB den Satz ab, daß jede auch nur objektiv sittenwidrige Rechtsausübung unzulässig ist, ohne Rücksicht auf den Eintritt eines Schadens. Weiter ist er der Meinung, daß dieser Satz gleichwertig neben dem aus § 242 BGB abgeleiteten Rechtssatz steht. Denn seiner Auffassung nach kann ein Verstoß gegen die guten Sitten auch dann vorliegen, wenn ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht gegeben ist und umgekehrt.

Siebert kann insoweit nicht zugestimmt werden. Zwar unterliegt die von ihm vorgenommene Ausdeutung[45]) der Schadensersatznorm des § 826 BGB als Rechtsausübungsschranke keinen Bedenken. Jedoch kann nicht anerkannt werden, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten auch in Fällen vorliegen kann, in denen ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht zu bejahen ist.

---

[43]) vgl. dazu die Entscheidung des VI. Zivilsenats vom 26. 2. 1938, RGZ 157 S. 207 ff.

[44]) Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 128 ff.

[45]) Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit ... S. 110 f.

Ebenso wie der Begriff „Treu und Glauben" entzieht sich auch der Begriff „gute Sitten"" juristischer Definition. In Rechtsprechung und Schrifttum wird allgemein ein Verstoß gegen die guten Sitten dann angenommen, wenn ein Handeln gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" verstößt, also dem gesunden Volksempfinden zuwiderläuft[46]). Dem ist zuzustimmen. Nach der oben dargelegten Ansicht liegt ein Verstoß gegen Treu und Glauben dann vor, wenn das Rechtsempfinden des Volkes verletzt wird. Was das Verhältnis der beiden Begriffe zueinander betrifft, so ist es m. E. richtig, mit Palandt[47]) und Gadow[48]) in einem Verstoß gegen die guten Sitten einen *schweren* Verstoß gegen Treu und Glauben, d. h. gegen das Rechtsempfinden des Volkes, zu erblicken[49]).

Demnach ist, wenn ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, immer auch ein Verstoß gegen Treu und Glauben gegeben, nicht aber natürlich umgekehrt. Daraus folgt, daß § 826 BGB in seiner Bedeutung als Rechtsausübungsschranke[50]) von § 242 BGB konsumiert wird.

Als Ergebnis ist festzustellen:

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ist im ganzen Privatrecht anwendbar; er findet seine gesetzliche Grundlage ausschließlich in § 242 BGB.

§ 4. Wirkung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung im Prozeß.

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung dient, wie gezeigt, der Entkräftung subjektiver Rechte, die zwar nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften gegeben und daher auch durchsetzbar sind, deren Ausübung aber dem Rechtsempfinden widersprechen würde. Außer dieser Zweckbestimmung ergibt sich klar, welche Wirkung die begründete Erhebung dieses Einwandes im Prozeß hat: Sie führt dazu, daß ein von der Gegenpartei geltend gemachtes, nach den positiven Normen begründetes subjektives Recht nicht durchgesetzt werden kann. Handelt es sich dabei z. B. um einen Anspruch, dessen Erfüllung von

[46]) ebd. S. 112 Anm. 10; Palandt, BGB, S. 785 Anm. 2 zu § 826.
[47]) BGB, S. 196 f, Anm. 2a zu § 242 BGB.
[48]) aaO S. 188.
[49]) sowohl auch das RG; vgl. RGZ 135 S. 224.
[50]) nicht dagegen als Schadensersatznorm.

der Gegenpartei mit der Klage begehrt wird, so erfolgt Klagabweisung, wenn behauptet und erforderlichenfalls bewiesen wird, daß die Geltendmachung dieses Anspruchs gegen Treu und Glauben verstößt. Handelt es sich um eine Einrede[51]) welche die Gegenpartei einem klageweise geltend gemachten Anspruch entgegenhält, so wird unter der gleichen Voraussetzung der Klage stattgegeben.

Da sonach die Wirkung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung im Prozeß feststeht, ist nur kurz darauf einzugehen, wie man sich die Entkräftung von Rechten im einzelnen vorzustellen hat.

I. Früher[52]) kleidete man den Rechtssatz, daß eine gegen Treu und Glauben verstoßende Rechtsausübung unstatthaft ist, in eine Einrede. Man sah also das Recht der Gegenpartei in vollem Umfang als fortbestehend an; es werde durch ein Gegenrecht entkräftet. Dieses Gegenrecht war als Einrede nur zu beachten, wenn die betreffende Partei sich darauf berief (Einrede der allgemeinen Arglist; exceptio doli generalis).

Bald wurde jedoch anerkannt[53]), daß die durch Treu und Glauben hervorgerufenen Gegenwirkung von Amts wegen zu beachten sei, weil das Gericht eine treuwidrige Ausübung von subjektiven Rechten auch dann nicht zulassen dürfe, wenn die Gegenpartei sich nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufe. Man sprach nun von einem Einwand der allgemeinen Arglist.

II. Siebert hat in seiner Schrift „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung" überzeugend nachgewiesen, daß es sich bei dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung überhaupt nicht um eine von außen an das betreffende Recht herantretende Gegenwirkung handelt (sog. „Außentheorie"). Vielmehr ist jedes Recht von vornherein „relativ", d. h. sein Inhalt reicht überhaupt nur soweit, als seine Verwirklichung mit dem Rechtsempfinden des Volkes in Einklang zu bringen ist. Wo die „Ausübung" eines „Rechts" unzulässig erscheint, da handelt es sich in Wirklichkeit gar nicht mehr um Rechtsausübung, sondern vielmehr um ein Handeln ohne Recht, um Rechtsüberschreitung.

Wenn der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erhoben wird, so wird damit nicht der Ausübung eines Rechts entgegengetreten, sondern darauf hingewiesen, daß die Gegenpartei ohne Recht handle.

[51]) im materiellen Sinn.
[52]) RGZ 58 S. 356; Wendt aaO.
[53]) z. B. Gadow aaO S. 183.

Die Erhebung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung im Prozeß ist also Anspruchsleugnung; sie stellt ein Bestreiten des gegnerischen Rechtes dar. Von einem Einwand kann man, wie Siebert ausführt, insofern sprechen, „als der von der Rechtsüberschreitung Betroffene im Prozeß diejenigen Tatsachen vorzutragen hat, aus denen sich ergibt, daß die scheinbare Rechtsausübung in Wirklichkeit Rechtsüberschreitung ist.

Was die Bezeichnung „Einwand der unzulässigen Rechtsausübung" betrifft, so wäre es genauer, von einem Einwand der Rechtsüberschreitung zu sprechen. Es ist jedoch mit Siebert die bisher gebrauchte Bezeichnung beizubehalten, um nicht den zahlreichen Bezeichnungen für diesen Rechtsbehelf eine neue hinzuzufügen.

Zusammenfassung der Ergebnisse des 1. Abschnitts.

Dem als Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bezeichneten Rechtsbehelf liegt der allgemeine Gedanke zugrunde, daß subjektive Rechte immer nur insoweit vorhanden sind, und daß daher ihre Ausübung auch nur insoweit zulässig ist, als sie dem Rechtsempfinden des Volkes (Treu und Glauben) entspricht.

Dieser Rechtsbehelf ist geltenden Rechts. Seine gesetzliche Grundlage bildet ausschließlich § 242 BGB. Sein Anwendungsbereich ist das Gebiet des gesamten Privatrechts.

Die Wirkung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung im Prozeß ist die, daß die scheinbare Rechtsausübung der Gegenpartei als Rechtsüberschreitung erscheint und daher wirkungslos bleibt.

2. Abschnitt.

Anwendbarkeit des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung auf die von der Praxis damit gelösten Fälle.

Es ist zu untersuchen, ob diejenigen Fälle bzw. Fallgruppen, die das Reichsgericht mittels des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung gelöst hat, Raum für die Anwendung dieses Rechtsbehelfs bieten. Dabei soll nicht darauf eingegangen werden, ob im Einzelfall ein Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu Recht bejaht wird; diese Voraussetzung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung ist jeweils zu unterstellen. Die Erörterung ist darauf zu beschränken, ob dieser Rechtsbehelf technisch richtig angewendet wird.

Da im Rahmen dieser Arbeit nicht auf alle Einzelfälle eingegangen werden kann, soll die Untersuchung zunächst für die in der Praxis wichtigsten Fallgruppen vorgenommen werden.

§ 5. Die wichtigsten Fallgruppen.

I. Verwirkung.

Es ist heute allgemein anerkannt[1]), daß das Institut der Verwirkung einen wichtigen, — wenn nicht den wichtigsten — Unterfall des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung bildet. Es handelt sich in den Fällen der Verwirkung um folgendes:

Der Ausübung eines Anspruchs, der nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften (scheinbar) in vollem Umfang besteht, kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden, weil die Geltendmachung dieses Anspruchs infolge besonderer Umstände — Zeitablauf und Hinzutreten weiterer Besonderheiten — gegen Treu

[1]) vgl. dazu Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit . . .; Manigk, Das Problem der Verwirkung, DJZ 1936 Sp. 350 ff; Tschischgale, Die Rechtsnatur der Verwirkung, Diss. 1937; RGZ 155 S. 52 ff.

und Glauben verstößt. Die Geltendmachung des Anspruchs bleibt dann als Rechtsüberschreitung im Prozeß ohne Wirkung: eine Klage, die auf Erfüllung eines solchen „verwirkten" Anspruchs gerichtet ist, wird abgewiesen.

Es liegt demnach hier ein typischer Anwendungsfall des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung vor. Gegen die Lösung der Verwirkungsfälle mittels dieses Rechtsbehelfs ergeben sich keine Bedenken.

II. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Einrede der Verjährung.

Bekanntlich gibt das BGB in § 194 Abs. 1 dem Schuldner das Recht, die Erfüllung eines an sich weiterbestehenden Anspruchs zu verweigern, wenn eine bestimmte Zeit (§§ 195 ff BGB) seit Entstehung dieses Anspruchs verstrichen ist (Einrede der Verjährung).

Das Reichsgericht hat ausgesprochen[2]), daß der Ausübung dieses Leistungsverweigerungsrechts mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung begegnet werden kann, wenn sie in besonders gelagerten Fällen Treu und Glauben widersprechen würde, etwa weil der Schuldner den Gläubiger von der Unterbrechung der Verjährung abgehalten hat.

Auch hier wird der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung richtig angewandt: die Ausübung eines subjektiven Rechts wird wirkungslos gemacht, weil sie infolge besonderer Umstände des Einzelfalls dem Rechtsempfinden widerspricht und sich daher als Rechtsüberschreitung darstellt.

III. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Formmangels.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung[3]) den Satz aufgestellt, „daß die Berufung auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts dann mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (exceptio doli generalis) zurückgeschlagen werden kann, wenn sie im Einzelfall gegen Treu und Glauben verstößt.

[2]) RGZ 84 S. 283; RGZ 157 S. 21 ff; RG in JW 1937 S. 1057 u. ö.
[3]) RG in Seuff. Arch. Bd. 63 S. 349; RGZ 107 S. 356 ff; RGZ 115 S. 35 ff; RGZ 117 S. 124 f; RG in JW 1927 S. 2118 ff; RGZ 135 S. 374 ff; RGZ 153 S. 59 ff; RG in JW 1938 S. 1023 f.

Im Schrifttum[4]) hat dieser Satz zunächst von dem Gesichtspunkt aus Widerspruch erfahren, daß der — an sich anzuerkennende — Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf Formmängel nicht Platz greifen könne.

Bevor darauf eingegangen werden kann, ob der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung hier technisch richtig angewendet wird, bedarf es einer Auseinandersetzung mit der eben erwähnten Ansicht: sie entspricht im wesentlichen derjenigen, daß der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung in bestimmten Rechtsgebieten keine Anwendung finden könne, weil diese erschöpfend geregelt seien; nur werden hier nicht Rechtsgebiete, sondern nur Normengruppen — nämlich Formvorschriften des BGB — von dem Anwendungsbereich dieses Rechtsbehelfs ausgeschlossen. Begründet wird diese Ansicht damit, daß die Formvorschriften des BGB, insbesondere § 313 BGB nicht „unterhöhlt" werden dürften; denn sie seien vornehmlich zum Schutz öffentlicher Belange aufgestellt und daher einer Korrektur unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unzugänglich.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus, daß § 242 BGB das gesamte Gebiet des Privatrechts beherrsche, kann dieser Meinung nicht gefolgt werden. Zur Begründung ist, um Wiederholungen zu vermeiden, im wesentlichen auf das unter § 3 II 3 (S. 33 ff) Aufgeführte zu verweisen. Es mag noch einmal betont werden, daß § 242 BGB richtiger Ansicht nach auf das Rechtsempfinden des Volkes verweist, dieses aber Gemeinnutz über Eigennutz stellt, so daß die Anwendung des auf diese Norm gestützten Einwands der unzulässigen Rechtsausübung niemals zu einer Gefährdung der Belange der Volksgemeinschaft führen kann. Es ist daher falsch, die Anwendung dieses Rechtsbehelfs im Gebiet bestimmter Normengruppen mit der Begründung abzulehnen, die Interessen der Volksgemeinschaft müßten gewahrt werden. Selbst wenn, wie die hier bekämpfte Ansicht glaubt, die Formvorschriften des BGB, insbesondere §§ 313, 766, vor allem dem Schutz der Allgemeinheit dienen würden, müßte der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung *grundsätzlich* Platz greifen.

Nur wäre es dann so, daß die Berufung auf die Formnichtigkeit auch bei Vorliegen besonderer Umstände kaum jemals einen Verstoß

[4]) vgl. Reichel, Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, in Arch. ziv. Pr. 104. Bd. S. 1 ff, insbes. S. 71; Planck-Broschmann, BGB, 1. Bd.: Allgem. Teil, Anm. 3b zu § 125, S. 317; Warneyer, BGB, 1. Bd.: Allg. Teil, S. 701 Anm. 4 zu § 125; Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allg. Teil, S. 382 Anm. 8.

gegen das Rechtsempfinden bedenken könnte. Indessen trifft dies nicht zu. Vielmehr sind die hier in Betracht kommenden Formvorschriften des Schuldrechts, §§ 313 und 766 BGB in erster Linie zum Schutz des einzelnen Rechtsgenossen aufgestellt worden. Er soll bei „gefährlichen" Geschäften, wie Grundstücksverkauf und Bürgschaftsversprechen vor übereilter Verpflichtung geschützt werden[5]). Was § 766 BGB betrifft, so ist dies, wie Hachenburg[6]) mit Recht bemerkt, der einzige Zweck, den diese Vorschrift verfolgt. § 313 BGB dagegen dient den Belangen der Allgemeinheit insofern, als er die Erkennbarkeit der Grundstücksgeschäfte erleichtert. Dies ist jedoch nur Nebenwirkung, nicht Hauptzweck des § 313 BGB[7]). Keinesfalls kann man sagen, daß § 313 BGB wichtigste Belange der Volksgemeinschaft wahre, indem er den deutschen Boden als Lebensgrundlage des Volkes erhalte und ihn davor schütze, zur Ware zu werden. Denn diese Vorschrift macht ja die Wirksamkeit der Verpflichtung zur Veräußerung eines Grundstücks nur von einer bestimmten Form abhängig, bei der staatliche Behörden mitzuwirken haben. Sie gibt diesen Behörden kein Mittel, das Zustandekommen eines solchen Vertrags zu verhindern, bildet also keinen wirksamen Schutz des deutschen Bodens. Um diesen Schutz, soweit notwendig, herbeizuführen, hat der Staat außerhalb des Privatrechts andere Normen geschaffen, wie etwa das Reichserbhofgesetz sowie auch die Bekanntmachung über den Verkehr mit landwirtschaftlichen oder forstwirtschaftlichen Grundstücken. Gegenüber diesen Gesetzen kann eine Schutzfunktion des § 313 BGB nicht anerkannt werden.

Sonach ist festzustellen: Die Formvorschriften des BGB, soweit sie hier in Frage kommen, dienen in erster Linie dem Schutz des einzelnen Rechtsgenossen; die durch sie getroffene Regelung wahrt unmittelbar — wie dies übrigens bei vielen Normen des Privatrechts der Fall ist — auch Belange der Volksgemeinschaft. Daraus ergibt sich, daß in besonders gelagerten Fällen, das Rechtsempfinden des Volkes dafür sprechen kann, die Berufung auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zu verwehren.

Demnach ist der eingangs dargelegten Ansicht des Reichsgerichts insoweit zu folgen, als die Anwendung des auf § 242 BGB ge-

---

[5]) Enneccerus-Nipperdey aaO S. 474, § 145 II; Staudinger-Riezler, BGB, Allg. Teil, Anm. 2 zu § 125 BGB; Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, S. 156; Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge, S. 81 ff mit Nachweisen: Tholl aaO. S. 7.

[6]) aaO S. 90.

[7]) Mot. II S. 179; Prot. I S. 439.

gründeten Einwands der unzulässigen Rechtsausübung auch gegenüber den Formvorschriften des BGB zu bejahen ist.

Innerhalb der hier erörterten Fälle der Anwendung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf Formmängel sind zwei Gruppen zu unterscheiden:

1. Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber Rückforderungsansprüchen[8]).

Der diesen Fällen zugrunde liegende Sachverhalt ist folgender: Ein Vertrag ist wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form (§§ 313, 766 BGB) nichtig (§ 125 BGB). Eine — oder beide — Parteien haben auf Grund des Vertrags in Unkenntnis seiner Nichtigkeit eine Leistung erbracht. Die eine Partei fordert nun ihre Leistung auf Grund der Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812 ff BGB) zurück; sie beruft sich dabei auf die Formnichtigkeit des Vertrages, um den Mangel des rechtlichen Grundes ihrer Leistung darzutun. Dieser Anspruch ist nach ausdrücklichen Gesetzesvorschriften begründet. Da aber die Berufung auf die Formnichtigkeit des Vertrags treuwidrig ist, kann ihr nach dem Reichsgericht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung mit Erfolg entgegengehalten werden, sodaß der Anspruch insoweit als nicht vorhanden erscheint, die Rückforderungsklage daher abzuweisen ist.

Auch hier unterliegt die Anwendung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung an sich keinen Bedenken: es handelt sich, dem Wesen dieses Rechtsbehelfs entsprechend, um die Zurückweisung eines nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften begründeten Rechts. Nur ist es, wie erst später näher erörtert werden kann[9]), richtiger, den Verstoß gegen Treu und Glauben nicht in der „Berufung auf die Formnichtigkeit" zu erblicken, sondern in der Geltendmachung des Bereicherungsanspruchs überhaupt.

2. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber Erfüllungsweigerung.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung[10]) durch Anwendung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung nicht nur

[8]) vgl. z. B. RGZ 115 S. 35 ff und insbes. RGZ 135 S. 374 ff.

[9]) vgl. unten S. 32.

[10]) Zuerst RG in Seuff. Arch. Bd. 63 S. 349; RGZ 107 S. 356 ff; RGZ 117 S. 124 f; RG in JW 1927 S. 2118 ff; RGZ 153 S. 59 ff; RG in JW 1938 S. 1023 f; RAG in JW 1938 S. 2426.

die Rückforderung des auf Grund eines nichtigen Vertrags Geleisteten verhindert, sondern es hat in diesem Rechtsbehelf das Mittel gesehen, aus formnichtigen Verträgen Ansprüche auf Erfüllung herzuleiten.

Beachtet man, daß, wie im ersten Abschnitt gezeigt, der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung seinem Wesen nach dazu dient, die Ausübung nach den positiven Normen vohandener Rechte dort zu verhindern, wo diese dem Rechtsempfinden widersprechen würde, so erscheint es von vorherein sehr fraglich, ob die Anwendung dieses Rechtsbehelfs zur Entstehung von Rechten führen kann, die nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften nicht vorhanden sind.

Dies ist im folgenden genau zu prüfen, und zwar an Hand einiger vom Reichsgericht auf diese Weise gelöster Fälle.

§ 6. Insbesondere die Anwendung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung zur Ableitung von Erfüllungsansprüchen aus formnichtigen Verträgen.

I. Beispielsfälle.

Es sollen vier Fälle herausgegriffen werden, in denen sich die vom Reichsgericht angewandte Konstruktion besonders klar zeigt:

1. Die Entscheidung des V. Zivilsenats vom 28. November 1923[11]).

Der zu entscheidende Sachverhalt war kurz folgender:

Der Kläger hatte an den Beklagten ein Grundstück durch notariellen Vertrag verkauft. In dem Vertrag war nicht der wirklich vereinbarte Kaufpreis angegeben, sondern ein wesentlich niedrigerer. Die Uebergabe des Grundstücks war erfolgt; eine Auflassung hatte noch nicht stattgefunden.

Mit der Klage begehrt der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags. Er begründet dies damit, daß der Vertrag, was das beurkundete Geschäft betreffe, nach § 117 BGB, und was das mündlich abgeschlossenen Geschäft betreffe, nach §§ 313, BGB nichtig sei.

[11]) RGZ 107 S. 356 ff.

Der Beklagte begehrt Abweisung der Klage. Gegenüber der Berufung des Klägers auf die Nichtigkeit des mündlich abgeschlossenen Vertrages gemäß §§ 313, 125 BGB macht er die Einrede der Arglist geltend und trägt vor, warum die Berufung des Klägers auf die Formnichtigkeit des Vertrags als treuwidrig anzusehen sei.

Das Reichsgericht unterstellt das diesbezügliche tatsächliche Vorbringen des Beklagten als wahr, und beschäftigt sich mit der Frage, ob die Geltendmachung der Einrede der allgemeinen Arglist durch den Beklagten zur Abweisung der Feststellungsklage führen könne, weil dem Beklagten trotz Nichtigkeit des Vertrags ein Anspruch auf Erfüllung zustehe.

Es hat ausgeführt: „Das Reichsgericht hat bereits in der Entscheidung vom 15. 11. 1907 ausgesprochen, die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung auf ein wegen Formmangels nichtiges Rechtsgeschäft[12]) müsse nach den aus §§ 826, 249 BGB herzuleitenden Grundsätzen die Wirkung haben, daß der andere Teil das Sachverhältnis so gegen sich gelten lassen müsse, wie es sich gestaltet hätte, wenn er bei Abschluß des Vertrages dem Verlangen jenes nach Erfüllung nachgekommen wäre. Der Herstellungsanspruch des § 249 BGB geht dahin, daß derjenige Zustand herzustellen ist, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Der zum Ersatz verpflichtende Umstand ist nach dem oben Gesagten bei der Einrede der allgemeinen Arglist die Berufung auf die Formnichtigkeit des Vertrags. Der herzustellende Zustand ist also derjenige, der bestehen würde, wenn der Kläger sich nicht auf die Nichtigkeit des Vertrags berufen hätte. Alsdann müßte er aber zur Erfüllung des Vertrags verurteilt werden. Denn eine Nichtigkeit, die auch dann sich ohne weiteres aus dem Vorbringen der Parteien ergeben hätte und die deshalb das Gericht von Amts wegen hätte berücksichtigen müssen, steht nicht in Frage, vielmehr ist die Tatsache der unrichtigen Beurkundung des Kaufpreises nur dadurch zur Kenntnis des Gerichts gelangt, daß der Beklagte sich auf sie berief."

Auf Grund dieser Erwägungen bejaht das Reichsgericht einen Erfüllungsanspruch des Beklagten und kommt daher zur Abweisung der Feststellungsklage des Klägers.

[12]) richtiger: gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Formmangels.

2. Die Entscheidung des IV. Zivilsenats vom 12. November 1936.

Der Sachverhalt war folgender:

Der Kläger hatte an den Beklagten früher seine Bäckerei verpachtet. In dem schriftlich abgeschlossenen Pachtvertrag war für den Kläger das Recht ausbedungen, zu verlangen, daß der Beklagte nach Auflösung des Pachtverhältnisses kein Geschäft gleicher Branche in derselben Stadt eröffnet. Ferner war in dem Vertrag die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts für den Pächter enthalten.

Der Kläger klagt aus diesem Vertrag auf Unterlassung des Betriebs einer Bäckerei durch den Beklagten. Demgegenüber macht der Beklagte die Formnichtigkeit des Vertrages nach §§ 313, 125, 139 BGB geltend und begeht Klagabweisung.

Das Reichsgericht führt aus, daß in der Tat gemäß §§ 313, 125, 139 BGB der ganze Vertrag wegen Formmangels nichtig sei, daß aber die Berufung des Beklagten auf die Formnichtigkeit gegen das gesunde Volksempfinden verstoße, und fährt fort:

„Mit Recht nimmt das Berufungsgericht an, der Berufung auf den Formmangel stehe die Einrede der Arglist entgegen."

Das Reichsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß der Klage auf Erfüllung des vertraglichen Unterlassungsanspruchs trotz der Formnichtigkeit des Vertrags stattgegeben werden müsse.

3. Entscheidung des Reichsarbeitsgerichts in JW 1938 S. 2426.

Auch hier handelt es sich darum, daß der Kläger einen Anspruch aus einem wegen Formmangels (§ 17 SchriftleiterGes) nichtigen Vertrags geltend macht, und der Beklagte sich demgegenüber auf die Nichtigkeit des Vertrages beruft, während der Kläger dem den Einwand der allgemeinen Arglist entgegenhält.

Das Reichsarbeitsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß der Klage trotz der Nichtigkeit des Vertrages stattgegeben werden müsse, indem es ausführt:

„Der Arglisteinwand ist überall dort zulässig, wo die gegenwärtige Geltendmachung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts mit Rücksicht auf ein früheres Verhalten der Partei gegen die guten Sitten oder doch gegen Treu und Glauben verstößt."

4. Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1938 S. 1023.

Der Kläger hatte hier eine Bürgschaft übernommen; die Form des § 766 BGB war nicht eingehalten worden. Aus dieser gemäß § 125 BGB nichtigen Bürgschaft leitet die Beklagte nun Rechte her.

Der Kläger begehrt mit der Klage die Feststellung, daß er aus dem Bürgschaftsvertrage nicht verpflichtet sei, weil derselbe der vorgeschriebenen Form ermangle. Die Beklagte begehrt Klagabweisung; sie hält der Berufung des Klägers auf den Formmangel den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.

Das Berufungsgericht war zur Abweisung der Klage gekommen, weil seiner Ansicht nach dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung der Erfolg nicht zu versagen war.

Die Revision wandte ein, „daß die Klägerin sich nicht einer an sich gegebenen Haftung unter Berufung auf eine Einrede entziehen wolle; vielmehr müsse die Beklagte die Rechtsgültigkeit ihres Anspruchs dartun; Mängel der Form der Grundlage dieses Anspruchs seien von Amts wegen zu berücksichtigen."

Dazu führt das Reichsgericht aus:

„Dem ist entgegenzuhalten, daß es sich bei dem Begriff der unzulässigen Rechtsausübung nicht um eine Einrede im technischen Sinn handelt, sondern um eine gegenseitige Beurteilung der Beziehungen der Parteien unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben."

Das Reichsgericht hält die Voraussetzungen des Einwandes für erfüllt, und weist die erhobene negative Feststellungsklage ab, weil trotz der Richtigkeit des Bürgschaftsvertrags die Klägerin zur Erfüllung verpflichtet sei.

II. Ist hier der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung richtig angewendet?

Wie im ersten Abschnitt dargelegt, ist der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ein Rechtsbehelf, welcher der Ausübung von subjektiven Rechten entgegengehalten werden kann. Voraussetzung seiner Anwendbarkeit ist demnach: in erster Linie, daß nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften ein subjektives Recht gegeben ist, oder genauer,

gegeben zu sein scheint. Denn sonst fehlt es an der Grundlage für die Anwendung des Einwandes [14]).

Das gleiche gilt natürlich auch von der Einrede der allgemeinen Arglist (exceptio doli generalis), mit der die oben angeführten Entscheidungen zum Teil noch arbeiten: Eine Einrede [15]) kann nur einem subjektiven Recht, insbesondere einem Anspruch, entgegengehalten werden. Sie ist das Recht, eine Leistung zu verweigern, setzt also begrifflich eine Verpflichtung zur Leistung, vom Gläubiger aus gesehen, einen Anspruch, voraus [16]).

1. Es muß daher zunächst erörtert werden, welches denn das subjektive Recht ist, dessen Ausübung in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegentritt.

Für diese Frage ist aus den angeführten Entscheidungen folgendes zu entnehmen:

In RGZ 107, S. 356 ff, insbes. S. 364 heißt es:

„Das Reichsgericht hat ... ausgesprochen, die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber der Berufung auf ein wegen Formmangel nichtiges Rechtsgeschäft müsse die Wirkung haben ..."

Aehnlich drückt sich RGZ 153 S. 59 ff aus:

„Mit Recht nimmt das BG an, der Berufung auf den Formmangel stehe die Einrede der allgemeinen Arglist entgegen."

Das Reichsarbeitsgericht in JW 1938, S. 2426 hat folgenden Satz aufgestellt:

„Der Arglisteinwand ist ... zulässig, wo die gegenwärtige Geltendmachung der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts ... Treu und Glauben verstößt."

In der Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1938 S. 1023 f ist zu der vorliegenden Frage keine Stellung genommen. Es wird dort lediglich der unklare Satz aufgestellt, bei dem Begriff (?) der unzulässigen Rechtsausübung handle es sich nicht um eine Einrede im technischen (?) Sinn, sondern um eine Beurteilung der gegenseitigen Beziehungen der Parteien unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben."

---

[14]) Siber in Die Reichsgerichtspraxis 1929, III. Bd. S. 350 ff, insbes. S. 377; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit, S. 125 Anm. 39; Larenz in DR 1939 S. 1158, 14; Herschel in DJ 1939 S. 1488 zu 1a; Ders., in JW 1940 S. 581.

[15]) Im materiellen Sinn.

[16]) vgl. Eckstein, in Arch. bürg. Recht, Bd. 39 S. 367 ff, insbes. S. 370.

Soweit die Entscheidungen des Reichsgerichts zu der erörterten Frage überhaupt Stellung genommen haben, sehen sie die Rechtsausübung, der der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung, — bzw. die Einrede der allgemeinen Arglist — entgegentritt, *in der Geltendmachung der Formnichtigkeit des Rechtsgeschäfts im Prozeß*[17]).

2. Es ist weiter zu untersuchen, ob in der Geltendmachung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts im Prozeß die Ausübung eines subjektiven Rechts erblickt werden kann.

a) Zunächst ist zu klären, welche Bedeutung der Berufung auf die Nichtigkeit zukommt:

Nach der Vorschrift des § 125 BGB ist ein Rechtsgeschäft, das der gesetzlich vorgeschriebenen Form ermangelt, nichtig. Es vermag also von vornherein keine Ansprüche hervorzubringen. Wenn nun im Prozeß der auf Erfüllung des formnichtigen Vertrages Belangte sich auf die Nichtigkeit des Geschäfts beruft, so richtet sich dies nicht gegen die Ausübung eines Anspruchs durch den Gegner, denn ein solcher ist gar nicht vorhanden. Es handelt sich also nicht um die Geltendmachung eines Leistungsverweigerungsrechts, um eine Einrede im materiellen Sinn. Vielmehr weist die betreffende Prozeßpartei lediglich auf das Fehlen eines Anspruchs des Gegners hin. Da die Wahrung der Form des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts zu den Entstehungstatsachen des Anspruchs gehört[18]), handelt es sich bei dem Hinweis auf das Fehlen der Form um eine einfache *Leugnung der Klagtatsachen*.

Materiell kommt dieser Klageleugnung keine Wirkung zu. Denn die Anspruchsgrundlage war von Anfang an nichtig; sie wird sich erst durch den Hinweis einer Partei auf den Grund der Nichtigkeit unwirksam gemacht.

Die Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ändert also nicht die materielle Rechtslage, sie weist nur im Prozeß auf die wahre Sachlage hin[19]).

b) Daraus ergibt sich, daß die Berufung auf einen Formmangel im Prozeß nicht als Ausübung eines subjektiven Rechts betrachtet

[17]) ebenso Palandt, BGB, S. 199 zu § 242 BGB; RGRK I, S. 454 zu § 242 BGB; vgl. auch RGZ 96 S. 315, wo es heißt: „Wer die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts geltend macht, nimmt damit ein ihm gesetzlich verliehenes Recht in Anspruch".

[18]) Reichel aaO, insbes. S. 71.

[19]) vgl. dazu Rahn, Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften, Diss. 1927, S. 4 f.

werden kann. Denn diesem „subjektiven Recht" würde es an einem Inhalt fehlen [20]). Jedes subjektive Recht gibt dem Inhaber Rechtsmacht. Nach der Art der verliehenen Rechtsmacht werden die subjektiven Rechte eingeteilt in Beherrschungsrechte (absolute Rechte), Ansprüche und Gestaltungsrechte (Rechte auf Rechtsänderung) [21]).

Die Beherrschungsrechte sind dadurch gekennzeichnet, daß sie ihrem Inhaber die Macht verleihen, auf ein bestimmtes Objekt einzuwirken und die Einwirkung anderer zu verhindern. Ueber die Beherrschungsrechte kann die Möglichkeit, sich auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zu berufen, deshalb nicht fallen, weil es an einem Objekt der Beherrschung fehlt.

Nach der gesetzlichen Begriffsbestimmung des § 194 Abs. 1 BGB ist ein Anspruch das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu fordern. Es erhellt ohne weiteres, daß dies auf die Möglichkeit, im Prozeß die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts geltend zu machen, nicht zutrifft, denn sie gibt nicht die Befugnis, von der Gegenpartei etwas zu fordern.

Gestaltungsrechte sind Rechte auf Aenderung eines rechtlichen Zustands. Auch darunter kann ein Hinweis auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht fallen, weil er, wie dargelegt, keine Rechtsänderung zu bewirken vermag.

Sonach steht fest, daß die Berufung auf die Formnichtigkeit eines subjektiven Rechts betrachtet werden kann. Sie ist vielmehr lediglich Ausnutzung der menschlichen Handlungsfreiheit [22]) oder auch wie Siber [23]) sich ausdrückt, „eine aller Welt offenstehende Möglichkeit". Denn es steht jedem frei, die Möglichkeiten auszunützen, welche ihm die Bestimmungen des objektiven Rechts geben.

Nach allem fehlt es in den erörterten Fällen schon an der ersten Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung, nämlich am Vorhandensein eines subjektiven Rechts gegen das sich dieser Rechtsbehelf richten könnte. Die Konstruktion, die das Reichsgericht verwendet hat, ist daher nicht durchführbar.

Es ergibt sich:

Mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung lassen sich Erfüllungsansprüche aus formnichtigen Verträgen nicht herleiten.

---

[20]) ebd.
[21]) Enneccerus-Nipperdey aaO S. 203, § 66.
[22]) Rahn aaO S. 4.
[23]) Siber aaO S. 378.

§ 7. Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gegenüber der Berufung auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts gemäß § 139 BGB.

§ 139 BGB ordnet bekanntlich an, daß die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft ergreift, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen worden wäre.

Das Reichsgericht hat nun den Satz aufgestellt[24]), daß der Berufung des einen Vertragspartners auf die Nichtigkeit des ganzen Vertrags nach § 139 BGB dann seitens der Gegenpartei die Einrede der allgemeinen Arglist entgegengehalten werden könne, wenn der nichtige Vertragsteil nur im Interesse des Klägers vereinbart worden sei und der Kläger den Vertrag seinerseits schon erfüllt habe. Denn dann sei es treuwidrig, wenn der Beklagte sich, obwohl er am Bestand des nichtigen Vertragsteils keinerlei Interesse haben könne, gleichwohl der Erfüllung des ganzen Vertrags entziehen und den Kläger auf Bereicherungsansprüche beschränken wolle.

Die Geltendmachung der Einrede der allgeminen Arglist hat nach dem Reichsgericht die Wirkung, daß der Beklagte trotz § 139 BGB zur Erfüllung des für sich allein betrachtet gültigen Vertragsteils zu verurteilen ist[25]).

Auch hier handelt es sich also um die Herleitung von Ansprüchen aus nichtigen Verträgen.

Wieder ist zuerst zu prüfen, welchem subjektiven Recht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung — bzw. die Einrede der allgemeinen Arglist — entgegengehalten wird:

Wie sich aus den angeführten Entscheidungen ohne weiteres ergibt, erblickt das Reichsgericht dieses „Recht" in der Berufung auf die Nichtigkeit auch des an sich gültigen Vertragsteils.

Es gilt hier genau das gleiche, was zur Berufung auf die Formnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts ausgeführt wurde. Denn auch hier ist — gemäß § 139 BGB — der ganze Vertrag von Anfang nichtig; ein Anspruch ist von vornherein nicht zur Entstehung gekommen. Die Berufung auf diese Nichtigkeit ist nur ein Hinweis auf die wahre Sach- und Rechtslage, eine Leugnung des gegnerischen Klagegrundes. Sie stellt als solche so wenig wie der Hinweis auf einen Formmangel eine Rechtsausübung dar, ist vielmehr eine „jedem offenstehende Mög-

[24]) RGZ 86 S. 323; RGZ 91 S. 359; RG in JW 1916 S. 390; 1917 S. 460; 1926 S. 1144.

[25]) zustimmend: Fürst in JW 1926 S. 1144; Enneccerus, Allg. Teil 11. Bearb. 1926, S. 516 Anm. 24 zu § 189.

lichkeit". Im einzelnen kann auf die Ausführungen zu § 6 (S. 56 ff) verwiesen werden.

Auch für die Fälle der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nach § 139 BGB ist daher festzustellen:

Da die Berufung auf die Nichtigkeit keine Rechtsausübung darstellt, kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht zur Anwendung kommen.

Mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung lassen sich keine Erfüllungsansprüche aus nach § 139 BGB nichtigen Rechtsgeschäften ableiten.

Zusammenfassung zum zweiten Abschnitt.

Aus den angeführten Beispielen wird der Grundgedanke der Konstruktion des Reichsgerichts klar ersichtlich, mittels deren es durch Anwendung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung zur Begründung von Rechten kommt, die nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften nicht entstanden sind:

Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung tritt im Prozeß der Berufung der auf Erfüllung belangten Partei auf denjenigen Mangel entgegen, der nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften das Zustandekommen eines Erfüllungsanspruchs verhindert hat. Dies bewirkt, daß der betreffende Mangel unbeachtet bleibt, und einer Klage auf Erfüllung stattzugeben ist.

In den angeführten Fallgruppen ist dies der Mangel der Form (§ 125 BGB) und die Teilnichtigkeit des Vertrags (§ 139 BGB).

Die vom Reichsgericht aufgestellte Konstruktion ist aber in ihrem theoretischen Anwendungsbereich nicht auf diese Fälle beschränkt. Sie könnte, würde man sie für richtig halten, *jedem* Mangel am Entstehungstatbestand eines Anspruchs unbeachtlich lassen, falls die Voraussetzungen des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung vorliegen würden.

Die Konstruktion des Reichsgerichts ist jedoch deswegen falsch, weil die Berufung auf einen Mangel im Entstehungstatbestand des gegnerischen Anspruchs keine Rechtsausübung darstellt.

Es ist daher als Ergebnis des zweiten Abschnitts folgender Satz aufzustellen:

Alle diejenigen Fälle sind einer Lösung mittels des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung entzogen, in denen es sich nicht um eine Begrenzung nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften entstandener, sondern um eine Begründung nach den positiven Normen nicht entstandener Rechte unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben handelt.

Dieses Ergebnis ist nach den Ausführungen zu § 1 einleuchtend: Denn wenn der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung der Korrektur der ausdrücklichen Gesetzesvorschriften in denjenigen Fällen dient, in denen diese infolge ihrer Mangelhaftigkeit dem einzelnen Rechtsgenossen zu viel Rechtsmacht verleihen, so muß er in Fällen versagen, wo diese Normen zu wenig Rechtsmacht verleihen.

3. Abschnitt.

Andere Lösungsmöglichkeiten für die aus dem Anwendungsbereich des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ausgeschiedenen Fälle.

Im zweiten Abschnitt wurde festgestellt, daß die Fälle der Begründung von subjektiven Rechten entgegen den positiven Normen nicht, wie das Reichsgericht meint, durch Anwendung der unzulässigen Rechtsausübung gelöst werden können.

Wenn nun auch die vom Reichsgericht angewandte Konstruktion sich als unhaltbar erwiesen hat, so entsprechen doch die gefällten Entscheidungen im Ergebnis durchaus dem Rechtsempfinden. Dies ist auch im Schrifttum, soweit es sich überhaupt mit dieser Frage beschäftigt hat, fast durchweg anerkannt[1]). Es ist daher, ohne daß im Rahmen dieser Arbeit eine diesbezügliche nähere Untersuchung des Einzelfalles möglich und geboten ist, davon auszugehen, daß dem Reichsgericht im Ergebnis zuzustimmen ist.

Der Untersuchung bedarf demnach nur, wie dieses Ergebnis auf richtigem Wege erreicht werden kann.

1. Kapitel.

Vom Schrifttum vorgeschlagene Lösungen.

Das Schrifttum hat auf verschiedene Lösungsmöglichkeiten hingewiesen. Diese sollen im folgenden erörtert werden.

---

[1]) Stoll in JW 1927 S. 2120; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, S. 125 Anm. 39; Tholl aaO, insbes. S. 31; Neukam aaO, insbes. S. 31; Neukam aaO, insbes. S. 67; im Ergebnis auch Rahn aaO, insbes. S. 37 f sowie Störmer aaO, insbes. S. 41; Brenner aaO, insbes. S. 18 ff; auch Palandt, BGB, S. 199 zu § 242 BGB; RGRK I S. 454 zu § 242 BGB; a. A. Siber aaO S. 377, der von einer unnötigen pluspetitio spricht.

§ 8. Der Gesichtspunkt der culpa in contrahendo.

Es ist mehrfach behauptet worden[2], das Reichsgericht habe durch Anwendung der Einrede der allgemeinen Arglist in den Fällen der Formsichtigkeit eines Rechtsgeschäfts einen andern Rechtsgrundsatz verdeckt, der eine Lösung ermöglicht hätte, nämlich den der culpa in contrahendo. Durch denselben Gedanken will Rahn[3] auch die Fälle eines Vertrages nach § 139 BGB lösen.

Dazu ist folgendes zu bemerken:

I. In Schrifttum und Rechtsprechung ist anerkannt, daß schon mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis entsteht[4]. Das Zustandekommen eines gültigen Vertrags ist richtiger und heute durchaus herrschender Ansicht nach[5], nicht Voraussetzung für die Entstehung eines solchen Schuldverhältnisses. Denn dessen Grundlage ist § 242 BGB, also das Gesetz[6], nicht etwa beruht es auf einer Vorwirkung des später abgeschlossenen Vertrags oder auf stillschweigender Vereinbarung der Parteien.

Aus dem Eintritt in Vertragsverhandlungen ergibt sich demnach für die Verhandlungspartner die Pflicht, ihre Belange gegenseitig in gewissem Umfang wahrzunehmen oder anders ausgedrückt, sorgfältig zu verhandeln. Insbesondere darf der eine Partner beim andern, soweit es sich um ein formbedürftiges Rechtsgeschäft handelt, keinen Irrtum über die Erforderlichkeit der Form hervorrufen.

Verstößt er gegen diese Verpflichtung, und trifft ihn dabei ein Verschulden (§ 276 BGB), so ist er zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. Der Schaden kann nun auch darin bestehen, daß ein formgültiges Geschäft nicht zustandegekommen ist, während es ohne die zum Schadensersatz verpflichtende Handlung zustande gekommen wäre. Dann hat der Geschädigte richtiger Ansicht nach[6] einen Anspruch auf Abschluß eines formgerechten Vertrags[7]. Er ist also im Ergebnis genau so gestellt worden, wie wenn von vornherein die Form gewahrt worden wäre.

---

[2] Stoll in JW 1927 S. 2120; Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit ... S. 125 Anm. 39; Brenner aaO S. 18 ff.

[3] Rahn aaO S. 36 f.

[4] Stoll in LZ 1923 S. 532 ff; Heck, Schuldrecht, S. 123; Enneccerus-Lehmann, Schuldverhältnisse, S. 169; Staudinger-Werner, Recht der Schuldverhältnisse, S. 284 Anm. I, 2 zu § 275; RGRK I S. 576; Palandt, BGB S. 256 Anm. 6 a.

[5] Palandt aaO; RGZ 132 S. 79 ff; RGZ 157 S. 356 ff.

[6] vgl. dazu die eingehenden Ausführungen Brenners, aaO S. 24 ff, dem insoweit zuzustimmen ist.

[7] natürlich nicht auf Erfüllung des nichtigen Vertrages.

II. Aus diesen Darlegungen ergibt sich für die hier erörterte Frage folgendes:

Die vom Reichsgericht mittels des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung beantworteten Fragen können mit dem praktisch gleichen Ergebnis durch Anwendung des Rechtsgrundsatzes der culpa in contrahendo nur unter folgenden Voraussetzungen gelöst werden:

1. Der eine Verhandlungspartner muß den andern bei den Vertragsverhandlungen schuldhaft in den Irrtum versetzt haben, die Form sei unnötig.

2. Der Geschädigte muß nachweisen können, daß ohne das schuldhafte Verhalten der andern Partei ein formgültiger Vertrag auch wirklich abgeschlossen worden wäre.

Was die erste Voraussetzung betrifft, so hat das Reichsgericht in der Tat früher[8]) in der Berufung auf die Formnichtigkeit eines Vertrags einen Verstoß gegen Treu und Glauben nur dann erblicken wollen, wenn die betreffende Partei den Formmangel schuldhaft herbeigeführt hatte. Diese Voraussetzung hat es aber neuerdings aufgegeben[9]). In den meisten mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gelösten Fällen kann nach den tatsächlichen Feststellungen des Reichsgerichts von einem schuldhaften Herbeiführen der Formnichtigkeit durch eine Partei nicht die Rede sein.

Was die Fälle der Nichtigkeit von Verträgen gemäß § 139 BGB betrifft, so liegt hier ein Verschulden bei Vertragsschluß nach den tatsächlichen Feststellungen des Rechsgerichts in keinem Falle vor.

Sonach erscheint schon die erste Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs auf Abschluß eines formgerechten Vertrags in der Mehrzahl der hier erörterten Fälle nicht gegeben.

Aber auch wo, wie in der Entscheidung RGZ 107, S. 356 ff, diese erste Voraussetzung zutrifft, ist eine Lösung, wie sie vom Schrifttum vorgeschlagen wird, nur möglich, wenn der Geschädigte nachweisen kann, daß ohne das schuldhafte Verhalten des anderen Verhandlungspartners ein gültiger Vertrag zustande gekommen wäre. Dieser Nachweis ist schwer zu erbringen. Denn es steht ja jedem Verhandlungsteilnehmer jederzeit frei, die Verhandlungen abzubrechen. Die etwaige Behauptung des Schadensersatzpflichtigen, er hätte einen formgerechten Vertrag nicht abgeschlossen, ist daher kaum zu widerlegen. Auch die in RGZ 107 S. 356 ff getroffenen Feststellungen dürften dazu nicht ausreichen, sodaß eine gerechte Lösung dieses Falles unter dem

[8]) so insbes. RGZ 107 S. 356 ff.
[9]) RGZ 153 S. 59 f.

Gesichtspunkt der culpa in contrahendo nur auf Grund weiterer tatsächlicher Feststellungen möglich gewesen wäre.

Es zeigt sich also, daß selbst bei Vorliegen eines Verschuldens bei Vertragsschluß ein Schadensersatzanspruch auf Abschluß eines formgültigen Vertrages meist nicht gegeben werden kann. Es kann daher den oben angeführten Schriftstellern[10]) nicht zugestimmt werden. Der Rechtsgrundsatz der Haftung aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen führt in den weitaus meisten Fällen, die das Reichsgericht mittels des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung gelöst hat, nicht zu einem gerechten Ergebnis. Keinesfalls kann man also sagen, daß alle Fälle, in denen es gerecht erscheint, den Erfüllung Fordernden trotz Nichtigkeit des Vertrags so zu stellen, wie wenn der Vertrag gültig wäre, durch Anwendung des Grundsatzes der culpa in contrahendo gelöst werden können.

Es ist festzustellen:

Die Anwendung des Grundsatzes der culpa in contrahendo ist nicht der richtige Weg zur Erzielung der vom Reichsgericht mittels des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung herbeigeführten gerechten Entscheidungen.

§ 9. Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens?

Lehmann[11]) ist der Meinung, daß sich hinter der unrichtigen Anwendung des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung in den hier erörterten Fällen die Anerkennung eines anderen Rechtssatzes verberge, nämlich des Satzes, daß

> „das Gericht eine Tatsache, die von einer Partei wider Treu und Glauben in den Prozeß eingeführt wird, als nicht vorhanden zu betrachten hat."

Lehmann ist aus folgenden Gründen beizupflichten: Um aus nichtigen Rechtsgeschäften in Sonderfällen einen Anspruch abzuleiten, hat das Reichsgericht, wie dargelegt, folgende Konstruktion angewandt: Der Berufung des auf Erfüllung Belangten auf den Mangel, der die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeigeführt hat, tritt der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. Dies hat zur Folge, „daß der Berufung des Beklagten auf diesen Mangel der Erfolg ver-

[10]) S. 43 Anm. 2.
[11]) BGB, Allg. Teil, 3. Aufl. 1928, S. 201.

sagt werden muß", was wiederum dazu führt, daß einer Klage auf Erfüllung des an sich nichtigen Vertrages stattzugeben ist.

Der Berufung auf den Mangel, der zur Nichtigkeit der Anspruchsgrundlage geführt hat, kommt, wie schon oben (S. 56 f) ausführlich dargetan, eine materiellrechtliche Wirkung nicht zu: ein Anspruch ist von vornherein nicht entstanden; der Hinweis auf den Grund des Nichtentstehens stellt sich als einfache Klageleugnung dar. Kommt aber der Berufung auf einen solchen Mangel keine Bedeutung zu, so kann es auf die sachlich-rechtliche Lage auch nicht von Einfluß sein, wenn dem Beklagten diese Berufung *versagt* wird; vielmehr ist die Anspruchsgrundlage nichtig, ganz gleich, ob sich der Beklagte darauf berufen kann oder nicht.

Solange man also von der wirklichen Sachlage ausgeht, wie sie sich aus dem Vorbringen beider Parteien im Prozeß ergibt, muß die Klage auf Erfüllung wegen Fehlens eines Anspruchs abgewiesen werden. Zur Bejahung eines solchen Anspruchs konnte das Reichsgericht nur dadurch kommen, daß es den Tatsachenvortrag des Beklagten nicht beachtete, sondern so entschied, wie wenn sein Vortrag, soweit sich aus ihm das Fehlen der Anspruchsgrundlage ergab, *nicht vorhanden* wäre.

Der von Lehmann aufgestellte Satz ist demnach tatsächlich die Grundlage der Entscheidungen des Reichsgerichts.

Freilich hat der Rechtsbehelf, den das Reichsgericht als Ausdruck dieses Satzes dem Kläger gibt, mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nichts zu tun. Er richtet sich nicht gegen die Ausübung eines subjektiven Rechts, sondern gegen die Wirksamkeit des Vorbringens einer Partei im Prozeß. Es ist daher für diesen Rechtsbehelf die Bezeichnung „*Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens*" zu verwenden.

1. *Bedeutung dieses Rechtssatzes.*

Es bedarf noch näherer Erörterung, welche Bedeutung dem Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens zukommt.

Daß die Anwendung dieses Rechtsbehelfs an der sachlich rechtlichen Lage nichts ändert, wurde schon gezeigt. Er vermag nur auf die Prozeßlage einzuwirken:

Urteilsgrundlage ist nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung der gesamte, von den Parteien vorgetragene Prozeßstoff (§ 286 ZPO).

Das Gericht hat also grundsätzlich alle von den Parteien formell richtig vorgetragenen Tatsachen zu berücksichtigen.

Hier greift der vom Reichsgericht aufgestellte prozessuale Satz abändernd ein. Er bedeutet, daß in Durchbrechung des § 286 ZPO gewisse von einer Partei vorgetragene Tatsachen dem Urteil nicht zugrunde gelegt werden, nämlich diejenigen, welche eine Partei „wider Treu und Glauben" in den Prozeß eingeführt hat. Gegen Treu und Glauben verstößt nach dem Reichsgericht der Vortrag von solchen Tatsachen, welche das Gericht, würde es sie beachten, zu einer ungerechten Entscheidung zwingen würden. Das Gericht scheidet also aus dem von den Parteien vorgetragenen Prozeßstoff zunächst alle die Tatsachen aus, deren Vortrag treuwidrig erscheint. So gewinnt es die Urteilsgrundlage.

Es erhellt, daß dieses Vorgehen es unter gewissen Voraussetzungen [12]) ermöglicht, zu gerechten Entscheidungen zu gelangen; denn diejenigen Tatsachen, welche zu einer ungerechten Entscheidung führen würden, bleiben ja außer Betracht, soweit sie durch die ungerechte Entscheidung begünstigte Partei vorträgt. Klar ist aber auch, daß diese Erkenntnisse nicht mehr mit der wirklichen materiellen Rechtslage übereinstimmen, eben weil das Gericht gewisse Tatsachen bewußt nicht berücksichtigt.

Auf die angeführten Fälle angewendet, wirkt sich dieser Satz folgendermaßen aus:

Der Kläger hat, wie sich aus dem Vortrag des Beklagten ergibt, keinen sachlich-rechtlichen Anspruch. Das Vorbringen des Beklagten wird jedoch insoweit nicht beachtet. Das Gericht übersieht bewußt den Mangel, der die Entstehung des klägerischen Anspruchs verhindert hat. Es geht nicht von der wirklichen Sachlage, nämlich der Nichtigkeit der Anspruchsgrundlage, sondern von einer unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben „gereinigten" Urteilsgrundlage aus. Diese ergibt in der Tat einen Anspruch des Klägers auf Erfüllung, da die Form des Vertrags gewahrt erscheint.

Das Prozeßrecht übernimmt also hier die Aufgabe, Fehlentscheidungen entgegen dem materiellen Recht zu verhindern.

II. Es ist nun zu untersuchen, ob mit dem Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens in jedem Fall, in dem die Versagung eines subjektiven Rechts ungerecht erscheint, das richtige Ergebnis herbeigeführt werden kann. Die Geltung dieses Rechtsbehelfs soll dabei zunächst unterstellt werden.

[12]) vgl. unten S. 48.

Grundlage der Anwendung des Einwandes des treuwidrigen Parteivorbringens, wie er sich aus den Entscheidungen des Reichsgerichts ergibt, ist, daß gerade die Partei, welche die zur Nichtigkeit des Anspruchs führenden Tatsachen vorträgt, dadurch gegen Treu und Glauben verstöße. Dies betont das Reichsgericht [13]) ausdrücklich, wenn es ausführt, daß der Mangel der gesetzlichen Form nur durch den Vortrag des Beklagten zur Kenntnis des Gerichts gelangt sei, und erkennen läßt, daß anders zu entscheiden gewesen wäre [14]), wenn sich die Formnichtigkeit schon aus dem Vorbringen der andern Partei ergeben hätte.

Was die Fälle der Nichtigkeit eines Vertrags wegen Formmangels betrifft, so gehört, wie schon erwähnt, die Wahrung der vom Gesetz vorgeschriebenen Form zu den anspruchsbegründenden Tatsachen. Wer also aus einem formbedürftigen Vertrag Ansprüche herleitet, hat die Warung der Form zu behaupten [15]). Tut er dies nicht, so ist die Klage auf Erfüllung des Vertrags nicht schlüssig begründet und daher abzuweisen, „ohne daß der Beklagte überhaupt den Mund aufzutun brauchte" [16]).

Wenn sich also schon aus dem Vortrag des Klägers ergibt, daß der Vertrag, aus dem der Kläger Rechte herleitet, formbedürftig ist, so hilft der vom Reichsgericht angewandte Satz nicht weiter, weil es auf das Vorbringen des Beklagten gar nicht ankommt.

Der Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens kann demnach nur dann eingreifen, wenn sich – wie in den oben [17]) angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts — aus dem Vorbringen des Klägers überhaupt nicht ergibt, daß der Vertrag der Form bedurfte [18]) oder wenn die Form nach dem Vortrag des Klägers gewahrt erscheint [19]). Denn nur dann ist die Klage schlüssig begründet, und erst das Vorbringen des Beklagten läßt erkennen, daß eine Form überhaupt nötig war oder daß die Form in Wirklichkeit nicht gewahrt ist.

Entsprechendes gilt in den Fällen der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts gemäß § 139 BGB: Auch hier ist die Klage nur dann schlüssig begründet, wenn sich aus dem Vortrag des Klägers die Gültigkeit des ganzen Vertrages ergibt.

---

[13]) RGZ 107 S. 356 ff.
[14]) so in der Tat RGZ 78 S. 130.
[15]) Matthiessen in JW 1938 S. 2426; Reichel aaO insbes. S. 71.
[16]) Matthiessen aaO.
[17]) S. 32 ff.
[18]) so in RGZ 153 S. 59 f.
[19]) so in RGZ 107 S. 356 ff.

Die Möglichkeit, eine gerechte Entscheidung zu erzielen, ist also bei Anwendung des vom Reichsgericht aufgestellten Rechtssatzes von etwas mehr oder weniger Zufälligem[20]) abhängig, nämlich davon, welche Partei die Tatsachen vorträgt, aus denen sich die Nichtigkeit der Anspruchsgrundlage ergibt. Schon dies zeigt, daß der Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens in dieser Form zu eng ist. Er unterliegt darüber hinaus noch weiteren Bedenken:

Einmal führt seine Anerkennung dazu, daß die Befolgung der in § 138 ZPO angeordneten Wahrheits- und Erklärungspflicht derjenigen Partei, die aus einem nichtigen Vertrage Rechte ableitet, schädlich ist. Trägt sie, wie § 138 ZPO dies fordert, den Sachverhalt vollständig und wahrheitsgemäß vor, so entzieht sie dadurch der Anwendung des Einwandes des treuwidrigen Parteivorbringens, die ihr hätte zum Sieg verhelfen können, selbst den Boden. Denn dann ergibt sich schon aus ihrem eigenen Vorbringen die Nichtigkeit der Anspruchsgrundlage. Nur bei Unvollständigkeit oder Unrichtigkeit ihrer Behauptungen kann dieser Rechtsbehelf eingreifen, weil nur dann die Klage schlüssig begründet ist und es der Gegenpartei überlassen bleibt, ihrerseits auf die Nichtigkeit der Grundlage des gegnerischen Anspruchs hinzuweisen.

Diese Erwägung zeigt, daß der Satz, den das Reichsgericht angewendet hat, in dieser Form nicht haltbar ist. Es geht keinesfalls an, das Obsiegen einer Partei davon abhängig zu machen, daß sie den wichtigsten Grundsätzen der Prozeßordnung zuwider handelt.

Des weiteren steht die Konstruktion des Reichsgerichts auch in unlösbarem Widerspruch zu den Grundsätzen der Prozeßordnung, als das Reichsgericht einen Verstoß gegen Treu und Glauben darin erblickt, daß der Beklagte auf die tatsächlich bestehende Nichtigkeit des Anspruchs der Gegenpartei hinweist. Dieser Hinweis enthält eine richtige Schilderung der tatsächlichen Umstände. Eine solche fordert § 138 ZPO; dort ist angeordnet, „daß die Parteien ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgetreu abzugeben und sich über die vom Gegner behaupteten Tatsachen zu erklären haben". Man kann nicht darin, daß eine Partei so handelt, wie es ihr vom Gesetz ausdrücklich zur Pflicht gemacht wird, einen Verstoß gegen Treu und Glauben erblicken[21]).

Aus den angeführten Gründen ist der Satz des Reichsgerichts sowohl zu eng, wie auch unrichtig.

[20]) vgl. auch Rahn aaO S. 26.
[21]) vgl. dazu Matthiessen aaO S. 2427.

Dies ist jedoch noch kein Grund, die Möglichkeit einer Lösung der erörterten Fälle mittels eines prozessualen Rechtsbehelfs überhaupt zu verneinen. Nur bedarf es einer Umgestaltung des Einwandes des treuwidrigen Parteivorbringens und zwar in folgender Hinsicht:

Einmal kann nicht darauf abgestellt werden, welche Partei im Prozeß ein Tatsache vorgetragen hat. Zum zweiten kann die Treuwidrigkeit nicht in dem Vortrag dieser Tatsache gesehen werden. Maßgebend kann vielmehr nur sein, ob eine Partei, welche, gestützt auf eine — gleichgültig von welcher Seite vorgetragene — Tatsache eine für sie günstige Entscheidung begehrt, *dadurch* gegen Treu und Glauben verstößt. Nur dies kann zur Folge haben, daß das Gericht die betreffende Tatsache nicht zu beachten hat.

Dieser Satz würde es dem Gericht ermöglichen, in *allen* Fällen zu einer gerechten Entscheidung zu gelangen in denen die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften des sachlichen Rechts entgegen dem Rechtsempfinden des Volkes ein subjektives Recht versagen.

Er bedeutet jedoch, genau so wie der vom Reichsgericht angewandte Rechtsbehelf, die Anerkennung einer *abändernden Wirkung* des Prozeßrechts gegenüber dem materiellen Recht. Denn auch hier handelt es sich um die Bildung einer Urteilsgrundlage, die von der wirklichen Sachlage abweicht; nur der Weg, diese Urteilsgrundlage zu finden, ‚ist von dem des Reichsgerichts verschieden.

III. *Anerkennung eines Einwandes des treuwidrigen Parteivorbringens im geltenden Recht.*

Die Bedeutung des als „Einwand des treuwidrigen Parteivorbringens" bezeichneten prozessualen Rechtsbehelfs wurde dahin gekennzeichnet, daß er es ermöglicht, auf dem Weg über die Umgestaltung der Urteilsgrundlage auch dort zu gerechten Entscheidungen zu gelangen, wo dies die Normen des sachlichen Rechts, auf die von den Parteien vorgetragene Sachlage angewandt, nicht ermöglichen.

Dieser Rechtsbehelf kann demnach nur dann als geltendes Recht anerkannt werden, wenn den Vorschriften des Prozeßrechts abändernde Wirkung gegenüber den Normen des sachlichen Rechts zuzusprechen ist, d. h. wenn nicht nur das materielle Recht sondern auch das Prozeßrecht für den *sachlichen* Inhalt der zu treffenden Entscheidung von Bedeutung ist.

Die Rechtssätze der Prozeßordnung dienen ihrem Inhalt nach dazu, die Durchsetzung der vom sachlichen Recht geschaffenen Rechtslage zu

ermöglichen. Keine prozessuale Norm enthält einen Anhaltspunkt dafür, daß sie über diesen Zweck der Umgestaltung der sachlichen Rechtslage dient. Dies gilt auch für die Vorschriften über Gestaltungsurteile. Denn unter welchen sachlichen Voraussetzungen solche Urteile ergehen dürfen, bestimmt das materielle Recht, nicht das Prozeßrecht; dieses regelt nur die Durchführung der Sätze des sachlichen Rechts.

Das Prozeßrecht ist demnach lediglich Rechtdurchsetzungsrecht[22]); es hat als solches nicht die Kraft, dem sachlichen Recht gegenüber Fehler ausgleichende Wirkung auszuüben. Es ist Siebert[23]) zu folgen, wenn er sagt: „Nach dem grundsätzlich positiv-rechtlichen Verhältnis zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht ist die prozessuale Lage nur eine Widerspiegelung der materiell-rechtlichen Lage. Das Prozeßrecht hat insofern nur eine Hilfsfunktion, kein Rechte erzeugendes oder versagendes Eigendasein." Mit anderen Worten: Man darf nicht, wie es das Reichsgericht getan hat, auf dem Umwege über einen prozessualen Rechtssatz Entscheidungen fällen, die mit der wirklichen, dem Gericht bekannten Sachlage in Widerspruch stehen. Denn dadurch würde dem Prozeßrecht eine Wirkung beigelegt, die es nach unserer Rechtsordnung nicht hat.

Das soll nicht etwa heißen, daß der Grundsatz von Treu und Glauben im Prozeßrecht keine Geltung habe. Das Gegenteil davon ist richtig[24]). Aber die Anerkennung dieses Gedankens in der Prozeßordnung darf nicht zu einem Uebergriff prozessualer Rechtssätze in das Gebiet des sachlichen Rechts führen; seine Wirkung im Prozeßrecht muß vielmehr auf diejenigen Fragen beschränkt bleiben, deren Regelung sich überhaupt nach Prozeßrecht bestimmt.

Sonach ist festzustellen:

Die vom Reichsgericht angewandte Konstruktion eines — fälschlicherweise als „Einwand der unzulässigen Rechtsausübung" bezeichneten — Einwandes des treuwidrigen Parteivorbringens muß abgelehnt werden, da sie dem geltenden Recht widerspricht.

§ 10. Lösung mittels einer actio doli?

Da diese Lösung trotz ihrer äußerlichen Verschiedenheit sich in den Voraussetzungen eng mit der unter § 9 erörterten berührt, konnte sie erst untersucht werden, nachdem über diese Klarheit geschaffen war.

[22]) Allgemeine Meinung; vgl. Baumbach, ZPO. 13. Aufl. 1937, S. 4; Schönke, Zivilprozeßrecht, 1938, S. 2 III.

[23]) Verwirkung und Unzulässigkeit ... S. 84.

[24]) vgl. v. Poellnitz aaO.

Es handelt sich um folgendes:

In der Entscheidung vom 28. 11. 1923[25]) hat das Reichsgericht die der Berufung auf die Formnichtigkeit des Vertrags entgegentretende Einrede der allgemeinen Arglist auf §§ 826, 249 BGB gestützt. Es hat ausgeführt, dieser Einrede liege ein sich aus § 826 BGB ergebender Schadensersatzanspruch zugrunde, der die auf Erfüllung belangte Partei verpflichte, die Gegenpartei so zu stellen, wie wenn sie zur Erfüllung des nichtigen Vertrags verurteilt worden wäre.

In § 6 II (S. 36 oben) wurde nachgewiesen, daß gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit eine Einrede im materiellen Sinn überhaupt nicht erhoben werden kann, daß also die einredeweise Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs unmöglich ist.

Zu erörtern bleibt jedoch, ob nicht mit dem Reichsgericht ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB an sich zu bejahen ist, der dann freilich nicht einredeweise, sondern nur klageweise geltend gemacht werden könnte. Wäre nämlich die Ansicht des Reichsgerichts insoweit richtig, so wäre der Beklagte zwar nicht zur Erfüllung des nichtigen Vertrages, aber zur Leistung von Schadensersatz zu verurteilen. Da nach dem Reichsgericht dieser Schadensersatzanspruch dahin geht, den Kläger so zu stellen, wie wenn der Beklagte zur Erfüllung des nichtigen Vertrags verurteilt worden wäre, so würde dieser Schadensersatzanspruch dem Kläger praktisch dasselbe geben, wie wenn er einen vertraglichen Anspruch hätte.

Die Ansicht, daß man mit einer actio doli zu einer gerechten Lösung der hier erörterten Fälle kommen könne, wird im Schrifttum vereinzelt vertreten[26]).

Es ist zu untersuchen, ob sie zutrifft:

Das Reichsgericht sieht das sittenwidrige schädigende Verhalten des Beklagten in der Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrages. Daß diese Ansicht falsch ist, geht aus den Darlegungen zu § 9 II (S. 49) hervor. So wenig, wie in der Schilderung des wahren Sachverhalts im Prozeß ein Verstoß gegen Treu und Glauben erblickt werden kann, so wenig kann man darin eine sittenwidrige Handlung sehen: der Beklagte tut nur das, was nach § 138 ZPO seine Pflicht ist. Eine Sittenwidrigkeit könnte man nur darin finden, daß der Beklagte — auf die Formnichtigkeit des Vertrages gestützt — eine für sich günstige Entscheidung begehrt, obwohl diese Entscheidung dem Rechtsempfinden zuwiderlaufen würde.

[25]) RGZ 107 S. 356 ff; vgl. oben S. 32 ff.
[26]) Gadow aaO S. 190; Neukam aaO S. 68.

§ 826 BGB setzt weiter die Entstehung eines Vermögensschadens voraus. Das Reichsgericht sieht die Vermögenseinbuße des Klägers darin, daß er kein obsiegendes Urteil erlangt hat, weil durch das Vorbringen des Beklagten dem Gericht die Nichtigkeit des Vertrages bekannt geworden ist.

Was sich verschlechtert hat, ist also nicht die sachlich-rechtliche Lage des Klägers, sondern lediglich seine Aussichten im Prozeß. In der Tat kann — soweit ist dem Reichsgericht zuzustimmen — von einer Aenderung der materiell-rechtlichen Lage durch die Berufung des Beklagten keine Rede sein. Der Kläger hatte von Anfang an keinen vertraglichen Anspruch erlangt (§ 125 bzw. § 139 BGB). Es war also nach sachlichem Recht überhaupt nichts vorhanden, was durch den „Schädiger" hätte verletzt werden können. Was durch die Berufung auf die Formnichtigkeit verschlechtert worden ist, sind nur die Aussichten des Klägers im Prozeß, und dies auch nur dann, wenn die Nichtigkeit des Vertrags dem Gericht nicht schon vorher bekannt war [27]).

Der Schaden, den der Beklagte dem Kläger zugefügt hat, besteht also — vom Standpunkt des Reichsgerichts aus gesehen — in der Vernichtung der Aussicht, trotz Fehlens eines sachlich-rechtlichen Anspruchs ein obsiegendes Urteil zu erlangen.

Die Aussicht auf ein unrichtiges Urteil — denn ein Urteil, das auf Erfüllung eines nach sachlichem Recht nicht vorhandenen Anspruchs erkannt, ist unrichtig — kann jedoch nicht als Bestandteil des Vermögens des Klägers gewertet werden [28]).

Unter § 9 (o. S. 51) wurde nachgewiesen, daß die prozessuale Lage immer nur ein Abbild der sachlich-rechtlichen Lage darstellen kann. Gewährt das materielle Recht keinen Anspruch, so besteht keine schutzwürdige Aussicht, im Prozeß ein obsiegendes Urteil zu erlangen. Wollte man in dieser Aussicht einen Vermögensbestandteil sehen, so würde man damit wieder anerkennen, daß das Prozeßrecht im Verhältnis zum sachlichen Recht eigene anspruchsbegründende Wirkung hat. Daß dies nicht zutrifft, wurde unter § 9 (o. S. 51) nachgewiesen.

Es ist daher festzustellen, daß die Berufung des Beklagten auf die Nichtigkeit des Anspruchs des Klägers keine Vermögensbeeinträchtigung herbeiführt. Die Voraussetzungen des § 826 BGB sind nicht erfüllt.

---

[27]) Rahn aaO S. 26.

[28]) Im Ergebnis ebenso: Oertmann, Arglistige Herbeiführung der Formnichtigkeit, Recht 1914, S. 8 ff, insbes. S. 12; Brenner aaO S. 21.

Demnach ist die Lösung der hier erörterten Fälle mittels Gewährung eines Schadensersatzanspruchs aus § 826 BGB (actio doli) nicht möglich [29]).

Zusammenfassend kann gesagt werden:
Die vom Schrifttum erwähnten, teilweise auch vom Reichsgericht angedeuteten Vorschläge zur Lösung der hier erörterten Fälle führen nicht zum Ziel.

2. Kapitel

Lösung durch Anerkennung der rechtsbegründenden Wirkung des in § 242 BGB enthaltenen Rechtsgedankens.

Die bisher vorgenommene Untersuchung führte zu dem Ergebnis, daß weder die vom Reichsgericht angewandte Konstruktion, noch auch die vom Schrifttum vorgeschlagenen Lösungen es ermöglichen, in den erörterten Fällen auf richtigem Wege zum gerechten Ergebnis zu gelangen.

Um einen solchen Weg zu finden, ist zunächst rückblickend festzustellen, was sich aus den bisherigen Erörterungen für diese Frage entnehmen läßt:

Gerecht erscheint es, trotz der Nichtigkeit der Anspruchsgrundlage dem Kläger einen Anspruch auf Erfüllung zuzubilligen.

Ausgangspunkt der Untersuchungen war, daß die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften, soweit sie das Zustandekommen von Rechtsgeschäften regeln, einen Anspruch nicht gewähren. Weiter hat sich ergeben, daß sich auch aus den Normen des Schadensersatzrechts keine Ansprüche herleiten lassen, die praktisch zum selben Ergebnis führen würden wie die Gewährung eines vertraglichen Erfüllungsanspruchs.

Daraus ist zu folgern: Eine gerechte Lösung kann nur mittels eines Rechtssatzes gefunden werden, der die Entstehung von subjektiven Rechten auch dort anordnet, wo die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften diese ablehnen. Es muß sich also um einen Rechtssatz handeln, der

[29]) Daß in den erörterten Fällen ein aus den Vorgängen, die zur Nichtigkeit des Vertrags geführt haben, herrührender Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nicht in Frage kommt, ergibt sich aus den Tatbeständen der angeführten Entscheidungen ohne weiteres.

eine Abweichung und den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben (des Rechtsempfindens des Volkes) erlaubt.

Es wurde ferner nachgewiesen, daß durch einen prozessualen Rechtssatz eine solche Abweichung an sich möglich wäre, daß jedoch dieser Rechtssatz nicht anerkannt werden kann, weil dem Prozeßrecht gegenüber dem sachlichen Recht keine abändernde Wirkung zukommt.

Daraus ergibt sich, daß eine Lösung nur mittels eines dem sachlichen Recht angehörenden Rechtssatzes gefunden werden kann.

Endlich wurde dargelegt, daß auch der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung keine Anwendung finden kann: Er ermöglicht zwar eine von den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben abweichende Entscheidung, kann aber seinem Wesen nach nur dort eingreifen, wo es sich um eine Begrenzung (schandbar) entstandener Rechte handelt. Wo es sich um die Begründung von Rechten handelt, die nach den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften nicht entstanden sind, da versagt dieser Rechtsbehelf.

Hieraus ist zu entnehmen, daß eine Lösung nur durch einen Rechtssatz erreicht werden kann, der rechtsbegründende Wirkung hat.

Zusammenfassend ist also festzustellen:

Eine Lösung der erörterten Tatbestände ist nur durch einen dem sachlichen Recht angehörenden Rechtssatz möglich, der die Entstehung subjektiver Rechte auch entgegen der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes unter der Voraussetzung anordnet, daß ihre Versagung dem Rechtsempfinden des Volkes (Treu und Glauben) widersprechen würde.

Es kommt also darauf an, ob dem Grundsatz von Treu und Glauben rechtsbegründende Wirkung beigelegt werden kann, und zwar auch dort, wo die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften eine abweichende Regelung enthalten [30]).

Dies ist im folgenden zu erörtern.

§ 11. Anerkennung der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben im allgemeinen.

Es ist zu untersuchen, ob die Anerkennung der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben dem Wesen und den Zielen der Rechtsordnung widerspricht. Denn es ist, um dies vorwegzunehmen,

[30]) vgl. Matthiessen in JW 1938 S. 2426.

jedenfalls eine ausdrückliche Vorschrift des Inhalts, daß subjektive Rechte immer dann entstehen, wenn dies dem Rechtsempfinden entspricht, im Gesetze nicht enthalten. Man kann einen solchen Rechtssatz also nur im Weg der Auslegung oder auch der ergänzenden Weiterbildung aus dem Gesetz entnehmen. Dies ist sicher dann unzulässig, wenn der so gewonnene Rechtssatz mit dem Grundgedanken und dem Zwecke der Rechtsordnung nicht in Einklang steht.

Dieser Auffassung ist Cosack[31]), wenn er folgendes ausführt:

„Daraus, daß die Ausübung eines an und für sich begründeten Rechts verboten ist, nur, weil sie im Einzelfall der guten Sitte widerstreitet (exceptio doli generalis), darf selbstverständlich nicht gefolgert werden, daß nun auch umgekehrt die Ausübung eines an sich nicht begründeten Rechts zugelassen werden müßte, nur weil es im Einzelfall unsittlich ist, daß der Gegner sich jenem angeblichen Recht widersetzt. Vielmehr kommt zwar der Unsittlichkeit des Rechtsinhabers für sich allein eine negative, rechtshemmende, nicht aber der Unsittlichkeit des Gegners für sich allein eine positive, rechtsbegründende Wirkung zu. Damit stehen auch die Sittlichkeitsgebote in Einklang. Denn diese verlangen nicht immer, daß die Rechtsordnung sich positiv in den Dienst der guten Sitte stellt — man denke nur an das Sittengebot der Dankbarkeit und Wohltätigkeit —, sondern sind meist damit zufrieden, wenn die Rechtsordnung nicht der guten Sitte geradezu entgegenarbeitet. Sie bejahen nicht ausnahmslos einen Rechtszwang für die gute, sondern verwerfen nur ausnahmslos einen Rechtszwang für die schlechte Sitte."

Cosack erkennt also zwar eine rechtshemmende Wirkung eines Verstoßes gegen „die guten Sitten" und damit eine exceptio doli generalis an, lehnt aber die rechtsbegründende Wirkung der „Unsittlichkeit des Gegners" ab.

Seine Ausführungen sind insofern unklar, als er von der „Sittlichkeit" ausgeht und als Beispiele für Sittlichkeitsgebote Dankbarkeit und Wohltätigkeit anführt. Er bemerkt mit Recht, daß ein Verstoß gegen die Sittlichkeit — in diesem Sinn verstanden — keine rechtsbegründende Wirkung zukomme. Nur übersieht er, daß dieser Verstoß als solcher auch keine rechtshemmende Wirkung haben kann. Denn niemand wird behaupten wollen, daß ein Recht deswegen nicht ausgeübt werden kann, weil dies der Wohltätigkeit widersprechen würde. Es ist vielmehr daran festzuhalten, daß rechtshemmende

[31]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 309.

und auch rechtsbegründende Wirkung nur einer Verletzung des Rechtsempfindens zugeschrieben werden kann. Ein Zuwiderhandeln gegen die Dankbarkeit oder Wohltätigkeit aber ist keineswegs gleichbedeutend mit einer Verletzung des Rechtsempfindens des Volkes. Es kann daher den „Geboten der Sittlichkeit", wie sie Cosack versteht, überhaupt nicht die Wirkung zugeschrieben werden, in die ausdrückliche gesetzliche Regelung abändernd einzugreifen. Insofern ist der Ausgangspunkt der Ausführungen Cosacks verfehlt.

Soweit nun Cosack, was sich aus seinen Darlegungen nicht eindeutig entnehmen läßt, der Ansicht sein sollte, daß nach dem Wesen der Rechtsordnung ein Verstoß gegen die Rechtsanschauung des Volkes (Cosack: Sittlichkeit) nur rechtshindernde, nicht aber auch rechtsbegründende Wirkung haben könne, ist dieser Auffassung entgegenzutreten. Sie wird am besten an Hand der Begründung Cosacks widerlegt:

Er behauptet, die Rechtsordnung begnüge sich damit, nicht geradezu der Gerechtigkeit entgegenzuarbeiten; sie stelle sich jedoch nicht immer positiv in deren Dienst. Diese Ansicht ist von dem hier vertretenen Standpunkt aus, daß die Rechtsordnung nur Mittel ist, der Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen, völlig unhaltbar. Selbstverständlich ist es eine unmögliche Vorstellung, daß die Rechtsordnung der Gerechtigkeit entgegenarbeiten könnte und dürfte; dies zu verhindern, dient der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung. Genau so sinnwidrig ist es aber, zu behaupten, die Rechtsordnung brauche sich nicht immer „positiv" in den Dienst der Gerechtigkeit zu stellen, und daraus zu folgern, daß dort, wo die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen entgegen der Gerechtigkeit ein Recht versagen, keine Abhilfe geschaffen werden müsse.

Der Zweck der Rechtsordnung, wie wir ihn sehen, erfordert vielmehr, daß sie sich immer und in jeder Hinsicht in den Dienst der Gerechtigkeit stellt. Wo daher die Versagung eines Rechts ungerecht erscheint, da bedarf es eines Rechtssatzes, welcher auch entgegen der ausdrücklichen Gesetzesregelung subjektive Rechte entstehen läßt [32]).

---

[32]) Oertmann (BGB, Allg. Teil, S. 709) ist also zuzustimmen, wenn er es als bedenklich bezeichnet, dem Gedanken von Treu und Glauben lediglich rechtshindernde, nicht aber auch rechtsbegründende Wirkung zuzuschreiben. Nur darf man nicht, wie Oertmann, daraus den Schluß ziehen, daß der Gedanke von Treu und Glauben die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften überhaupt nicht abzuändern vermöge. Vielmehr ist die einzig richtige Folgerung, daß auch eine rechtsbegründende Wirkung dieses Gedankens anerkannt werden muß.

Es steht demnach fest, daß Wesen und Ziele der Rechtsordnung der Anerkennung einer rechtsbegründenden Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben nicht nur nicht entgegenstehen, sondern sie sogar fordern.

§ 12. Ableitung der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben aus dem Gesetz.

Die bisherigen Untersuchungen über die Anerkennung einer rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben haben ergeben, daß eine solche notwendig ist, um in jedem Fall gerechte Entscheidungen zu erzielen, und daß Wesen und Ziele der Rechtsordnung sie fordern. Damit ist jedoch noch nicht erwiesen, daß sie geltenden Rechts ist. Es kommt vielmehr darauf an, ob eine solche Wirkung sich aus dem Gesetz ergibt. Nur unter dieser Voraussetzung kann sie bejaht werden.

Ein ausdrücklicher, allgemeiner Rechtssatz des Inhalts, daß subjektive Rechte auch entgegen den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften entstehen, wenn dies vom Rechtsempfinden des Volkes gefordert wird, ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht enthalten.

I. Zuerst soll geprüft werden, ob nicht das Gesetz selbst Einzelfälle dieser Art durch Anerkennung der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben geregelt hat:

In der Tat finden sich im Gesetz solche Einzelbestimmungen. Sie verweisen teils ausdrücklich auf Treu und Glauben, teils ist aus der von ihnen getroffenen Regelung zu entnehmen, daß dieser Gedanke ihre Grundlage bildet.

1. Am klarsten läßt § 162 Abs. 1 BGB die rechtsbegründende Wirkung von Treu und Glauben erkennen:

In dieser Vorschrift handelt es sich um bedingte Rechtsgeschäfte. Sie betrifft den Fall, daß die (aufschiebende oder auflösende) Bedingung nicht eingetreten ist, daß aber ihr Eintritt von derjenigen Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert worden ist. An diesen Tatbestand knüpft § 162 Abs. 1 BGB dieselben Rechtsfolgen, wie wenn die Bedingung eingetreten wäre. Er gibt der durch den Ausfall der Bedingung benachteiligten Partei genau dieselben Rechte, wie wenn die Bedingung eingetreten wäre.

Das Gesetz verwendet dabei das Mittel der Fiktion, d. h. es befiehlt dem Richter die Bedingung als vorhanden anzusehen, obwohl sie in Wirklichkeit nicht eingetreten ist.

Nach der gesetzlichen Regelung der bedingten Rechtsgeschäfte (§§ 158 ff BGB) ist Voraussetzung für das Entstehen von Rechten, sei es aus dem bedingten Geschäft (aufschiebende Bedingung), sei es von Rückforderungsansprüchen (auflösende Bedingung) der Eintritt der Bedingung. Denn darin besteht ja eben das Wesen der bedingten Rechtsgeschäfte, daß die gewollten Rechtswirkungen nicht sofort, sondern erst mit Eintritt der Bedingung zur Entstehung kommen. Tritt also die Bedingung nicht ein, so sind nach der gewöhnlichen Regelung Rechte aus dem bedingten Geschäft bzw. Rückforderungsansprüche nicht entstanden.

§ 162 Abs. 1 BGB macht von dieser Regelung eine Ausnahme, die den Grundsätzen der Bedingungslehre scharf zuwiderläuft. Er ordnet an, daß Rechte aus bedingten Geschäften unter gewissen Voraussetzungen auch ohne Eintritt der Bedingung entstehen. Und zwar ist dies dann der Fall, wenn die Partei, welche durch den Eintritt der Bedingung benachteiligt worden wäre, diesen gegen Treu und Glauben verhindert hat. Denn es würde — dies ist der Grundgedanke des § 162 Abs. 1 BGB — dem Rechtsempfinden zuwiderlaufen, angesichts dieser besonderen Sachlage das Entstehen subjektiver Rechte zu verneinen, obwohl die im Regelfall wesentlichste Voraussetzung dafür fehlt.

Hier hat also das Gesetz in einem — allerdings eng begrenzten — Einzelfall die rechtsbegründende Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben seiner Regelung zugrunde gelegt. Denn nur so läßt es sich erklären, daß trotz Fehlens der Bedingung subjektive Rechte entstehen.

2. Derselbe Gedanke kommt in § 405 BGB zum Ausdruck, wenn diese Norm auch nicht ausdrücklich auf Treu und Glauben verweist.

Es handelt sich hier um die Abtretung von Forderungen, über die der Schuldner eine Urkunde ausgestellt hat. Ist die in der Urkunde verbriefte Forderung nur zum Schein eingegangen, so ist sie nach § 117 BGB nicht entstanden und kann daher an sich auch nicht abgetreten werden. Aehnlich verhält es sich, wenn der Schuldner durch mündliche Vereinbarung mit dem Gläubiger die Abtretbarkeit der Forderung ausgeschlossen hat. Dann ist der Abtretungsvertrag nach § 399 BGB nichtig. In beiden Fällen hätte also der Neugläubiger (Zessionar) nach den Vorschriften über Willenserklärungen bzw. über die Abtretung von Forderungen nichts erhalten.

Das Gesetz macht jedoch in § 405 BGB eine Ausnahme, indem es anordnet, der Schuldner könne sich dem Neugläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung der Verbindlichkeit nur zum Schein erfolgt oder die Abtretung durch Vertrag mit dem früheren Gläubiger ausgeschlossen worden sei.

Es handelt sich um Tatbestände, in denen das Ergebnis der „gewöhnlichen" gesetzlichen Regelung außerordentlich ungerecht wäre, weil der Neugläubiger der ihm vorgelegten Urkunde vertraute und auch vertrauen durfte.

Auch hier ordnet das Gesetz an, daß dem Neugläubiger die „abgetretene Forderung" zusteht, obwohl nach der gewöhnlichen Regelung gar keine Forderung entstanden (§ 117 BGB), oder wenigstens nicht übergangen ist (§ 399 BGB). Der Gedanke von Treu und Glauben ersetzt also wesentliche Voraussetzungen von Rechtsentstehung bzw. Rechtsübertragung: er hat rechtsbegründende Wirkung[33]).

Es ist sonach festzustellen, daß das Gesetz selbst in einzelnen Sonderfällen die rechtsbegründende Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben anerkannt hat.

Freilich sind die geschilderten Sonderfälle so eng begrenzt, daß es nicht zweckmäßig erscheint, aus ihnen allein die rechtsbegründende Wirkung von Treu und Glauben auch entgegen den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften herzuleiten. Grundlage eines derartigen Rechtssatzes kann vielmehr nur eine Vorschrift sein, die dem Gedanken von Treu und Glauben umfassende Wirkung zuschreibt.

II. In § 3 (oben S. 16 ff) wurde dargetan, daß § 242 BGB diejenige gesetzliche Vorschrift ist, in welcher der Rechtsgedanke von Treu und Glauben, den umfassendsten Ausdruck gefunden hat. Es liegt daher nahe, daß diese Norm sich am besten dazu eignet, als Grundlage auch der rechtsbegründenden Wirkung dieses Gedankens betrachtet zu werden.

1. Seinem Wortlaut nach hat § 242 BGB freilich nicht die Kraft, subjektive Rechte im Gegensatz zu den ausdrücklichen Gesetzes-

[33]) Aehnliches läßt sich überhaupt in allen Fällen sagen, in denen das Gesetz den gutgläubigen Erwerb von Gegenständen gestattet. Denn in allen diesen Fällen weicht es von seiner grundsätzlichen — und logischen — Regelung ab, daß niemand einem andern etwas übertragen kann, was er selbst nicht hat. Es schützt den gutgläubigen Erwerber; dieser erhält durch „Uebertragung" seitens des Veräußerers etwas, was diesem selbst nicht zustand und worüber er auch nicht zu verfügen befugt war.

Auch hier ist das Gesetz, weil der Erwerber schutzwürdig erscheint, im Interesse der Gerechtigkeit von der gewöhnlichen Regelung abgegangen. Auch in diesen Fällen kann man im weiteren Sinne von einer rechtsbegründenden Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben sprechen.

vorschriften zu begründen. Denn der Wortlaut enthält nur einen Befehl an den „Schuldner" seine Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben es geboten. Es wird also das Bestehen eines Schuldverhältnisses vorausgesetzt. Darüber, ob ein Schuldverhältnis überhaupt entstanden ist, gibt § 242 BGB seiner Fassung nach keine Auskunft; es kann sich aus dieser Vorschrift, wenn man nur ihren Wortlaut in Betracht zieht, zwar eine Erweiterung einer schon vorhandenen Leistungspflicht des Schuldners ergeben, nicht aber die Begründung einer solchen.

2. Damit aber, daß § 242 BGB seiner Wortfassung nach nicht geeignet ist, Rechte zu begründen, ist noch nichts darüber gesagt, ob nicht dem in dieser Norm zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken eine solche Wirkung beigelegt werden kann. Auch die Anerkennung der rechtshindernden Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben bedeutete ja, wie dargelegt[34]) eine Durchbrechung des Wortlauts des § 242 BGB.

a) Rechtsprechung und Schrifttum haben in der Tat aus „§ 242 BGB" — genauer aus den in dieser Vorschrift zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedanken — Rechte hergeleitet, welche in den ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes keine Stütze finden.

§ 242 BGB wird dabei als Anspruchsgrundlage verwendet einmal in den Gebieten echter Gesetzeslücken, d. h. dort, wo überhaupt keine technisch anwendbaren positiven Normen vorhanden sind. Darauf ist aber seine rechtsbegründende Wirkung nicht beschränkt. Vielmehr werden auf § 242 BGB auch in ausdrücklich geregelten Gebieten Ansprüche gestützt; dies dann, wenn deren Versagung durch die ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes dem Rechtsempfinden des Volkes widerspricht.

α) Als Beispiel für die Anerkennung des § 242 BGB als Anspruchsgrundlage in Lückengebieten mag die bekannte Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Aufwertung angeführt werden:

Die Geldentwertung der Nachkriegszeit hatte völlig neue Verhältnisse geschaffen, die natürlich vom Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht vorhergesehen werden konnten und auf die daher die ausdrücklichen Vorschriften des BGB überhaupt nicht zutreffen. Das Reichsgericht[35]) hat in ständiger Rechtsprechung über die Aufwertung von Forderungen hinaus aus § 242 BGB Ausgleichs-

[34]) s. oben S. 17.

[35]) z. B. RGZ 112 S. 329; RGZ 119 S. 135; RGZ 120 S. 294; RGZ 126 S. 15.

ansprüche hergeleitet, die in der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes keine Stütze finden.

β) Daß aber § 242 BGB auch dort als Anspruchsgrundlage dient, wo es sich eindeutig um Gebiete handelt, die vom Gesetz durch ausdrückliche Vorschriften geregelt sind, zeigt die Anerkennung einer Haftung aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen:

Mit der Frage, ob ein Verschulden bei Vertragshandlungen zum Schadensersatz verpflichtet, befassen sich die ausdrücklichen Vorschriften der §§ 179, 307, 309, 463, 663 BGB. Sie geben in gewissen, tatbeständlich jedoch eng umgrenzten Fällen Anspruch auf Schadensersatz [36]). Wo ihre Voraussetzungen nicht erfüllt sind, da bestehen nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung keine solchen Ansprüche. Das bedeutet, daß die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften eine allgemeine Haftung aus Verschulden bei Vertragsschluß ausdrücklich ablehnen.

Denn wo die positiven Gesetzesnormen in einem von ihnen geregelten Gebiet das Entstehen von Ansprüchen an gewisse Voraussetzungen knüpfen, da liegt darin gleichzeitig die Anordnung, daß bei Fehlen dieser Voraussetzungen keine Ansprüche entstehen sollen [38]). Eine Anordnung der Nichtigkeit von Ansprüchen gibt das Gesetz nur dort in besonderer Norm, wo es zweifelhaft sein kann, welche Rechtsfolgen das Fehlen eines vom Gesetz aufgestellten Tatbestandsmerkmals haben soll. Dies gilt z. B. für § 125 und § 139 BGB. Denn hier ist nicht ohne weiteres klar, daß das Fehlen der Form bzw. die Teilnichtigkeit eines Geschäfts, die Unwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge haben sollen [37]).

Diese in besonderer Vorschrift enthaltene Versagung subjektiver Rechte wirkt natürlich in keiner Weise stärker, als die in den rechtsgewährenden Vorschriften getroffene entsprechende Anordnung.

Obwohl folglich die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften eine allgemeine Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß ablehnen, haben Rechtsprechung und Rechtslehre, wie oben (S. 42 f) dargelegt, einhellig anerkannt, daß mit dem Eintritt in Vertragsverhandlungen ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis entsteht.

---

[36]) Natürlich können auch die Vorschriften über unerlaubte Handlungen Ansprüche ergeben.

[37]) vgl. auch § 566 BGB.

[38]) Damit ist nicht gesagt, daß Rechtsanalogie unzulässig sei. Denn auch bei dieser handelt es sich um eine Korrektur der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung. Nicht die positiven Normen selbst werden auf rechtsähnliche Fälle angewandt, sondern der in ihnen enthaltene Grundgedanke wird dazu verwendet, um zu einer von der ausdrücklichen Anordnung dieser Normen abweichenden Entscheidung zu kommen.

Dieses Schuldverhältnis findet, was heute unbestritten ist, seine Grundlage in § 242 BGB[39]). Hier werden also auf § 242 BGB Ansprüche gestützt, obwohl die an sich anwendbaren ausdrücklichen Gesetzesvorschriften das Entstehen dieser Ansprüche ablehnen.

γ) Dies ist nicht der einzige Fall, in dem Rechtsprechung und Schrifttum die rechtsbegründende Wirkung von Treu und Glauben auch entgegen den ausdrücklichen Vorschriften des Gesetzes bejaht haben:

§ 181 BGB verbietet bekanntlich dem Stellvertreter das „Selbstkontrahieren". Entgegen dieser Vorschrift abgeschlossene Verträge sind nach einhelliger Ansicht[40]) nicht schlechthin nichtig, sondern können durch nachträgliche Genehmigung des Vertretenen geheilt werden (Analogie zu §§ 177 ff BGB).

Der Vertreter hat nun nach der ausdrücklichen Regelung (§ 181 vgl. mit §§ 177 ff BGB) keinen Anspruch darauf, daß der Vertretene das in Widerspruch zu § 181 BGB vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigt.

Das Reichsgericht hat jedoch in besonders gelagerten Fällen einen solchen Anspruch aus dem Grundgedanken von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hergeleitet. Es hat ausgeführt[41]), daß

> „derjenige, dessen Vertreter einen unter § 181 BGB fallenden Vertrag ‚in sich' geschlossen habe, diesen Vertrag genehmigen müsse, wenn das Versagen der Genehmigung einen Verstoß gegen Treu und Glauben bedeuten würde".

Das Schrifttum hat sich, soweit es diese Frage erörtert hat, zustimmend ausgesprochen[42]).

Auch hier wird also dem Gedanken von Treu und Glauben entgegen der ausdrücklichen Regelung rechtsbegründende Wirkung beigelegt. Denn es handelt sich natürlich nicht um ein „Lückengebiet", sondern um von den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen (§§ 177 ff, 181 BGB) geregelten Lebenstatbestände.

---

[39]) Staudinger-Werner, BGB, Schuldverhältnisse, 1. Teil, S. 255, Vorbem A I 2 vor §§ 275 ff BGB; dort heißt es: „Der Gedanke der culpa in contrahendo ist letzten Endes ein Ausfluß des allgemeinen Rechtsgedankens des § 242 BGB". Palandt, BGB, S. 200 Anm. 5 zu § 242 BGB; ebd. S. 357 Anm. 6a zu § 276; RGZ 132 S. 79; RGZ 152 S. 119.

[40]) vgl. Enneccerus-Nipperdey aaO S. 554, § 168 III 2 Anm. 17 und die dort angeführten Schriftsteller und Entscheidungen.

[41]) RGZ 110 S. 274 ff.

[42]) vgl. Staudinger-Riezler, BGB, Allg. Teil, S. 914, Anm. 18 zu § 181 BGB; Enneccerus-Nipperdey aaO S. 307, § 168 Anm. 17. Nipperdey sagt: „Mit Recht erklärt das Reichsgericht den Vertretenen zur Genehmigung verpflichtet, wenn Treu und Glauben es gebieten".

δ) Ferner ist allgemein anerkannt, daß der Grundsatz von Treu und Glauben über den Wortlaut des § 242 BGB hinaus selbständige Nebenrechte und Nebenverpflichtungen auch dort schaffen, wo solche weder in vertraglicher Vereinbarung noch in ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen eine Grundlage finden[43]).

Wenn auch hier das Bestehen einer Hauptverpflichtung vorausgesetzt wird, so handelt es sich bei den auf Treu und Glauben gegründeten Nebenrechten doch nicht um eine Erweiterung dieser Haftverpflichtung, sondern um das Hinzukommen weiterer *selbständiger* Pflichten, deren Grundlage allein der Rechtsgedanke von Treu und Glauben bildet.

Auch in diesen Fällen handelt es sich durchweg um ausdrücklich geregelte Lebenstatbestände; und zwar erkennen die positiven Normen diese Nebenrechte nicht an, versagen sie also. —

Aus den angeführten Beispielen — die sich übrigens vermehren ließen — ergibt sich, daß Rechtsprechung und Schrifttum die rechtsbegründende Wirkung des § 242 BGB anerkennen, und zwar auch dort, wo es sich um eine Abweichung von der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes handelt.

Wenn Staudinger-Werner[44]) einerseits sämtliche eben geschilderten Lebenstatbestände durch Gewährung eines Anspruchs aus § 242 BGB löst — insbesondere auch[45]) den Gedanken der culpa in contrahendo als Ausfluß des Gedankens des § 242 BGB bezeichnet, andererseits aber die rechtsbegründende Wirkung dieser Norm nur innerhalb von Gesetzeslücken anerkennen will, so ist dies widerspruchsvoll.

Denn, wie gezeigt, handelt es sich in diesen Fällen nicht um eine Ausfüllung echter Gesetzeslücken, sondern um eine Korrektur der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes. Man kann nicht, wie Staudinger-Werner dies tut, im *Grundsatz* die „korrektorische Funktion" des § 242 BGB ablehnen, sie aber im *Einzelfall* anerkennen.

Auch Matthiessen hat sich gegen die Anerkennung einer rechtsbegründenden Wirkung des § 242 BGB ausgesprochen. Er führt aus[46]), es übersteige die Kraft des § 242 BGB einen Anspruch

[43]) vgl. Palandt, BGB, S. 198, Anm. 4 b zu § 242; Enneccerus-Lehmann aaO S. 17, II 2; RGRK II S. 16 ff zu § 433 BGB; RGZ 119 S. 353; RGZ 113 S. 72; RGZ 111 S. 303.

[44]) BGB, Schuldverhältnisse, 1. Teil, S. 38, V zu § 242 BGB.

[45]) aaO S. 252, Vorbem. A I 2 vor §§ 275 ff BGB.

[46]) Matthiessen aaO S. 2426 f.

überhaupt erst zu schaffen und überdies einen Anspruch, den das Gesetz ausdrücklich für nichtig erkläre.

Im weiteren Verlauf seiner Darlegungen regt Matthiessen eine Lösung der betreffenden Fälle[47]) durch Gewährung eines Anspruchs aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen an.

Was den Widerspruch zwischen der Ablehnung einer rechtsbegründenden Wirkung des § 242 BGB und der Anerkennung eines auf § 242 BGB gestützten Anspruchs aus Verschulden bei Vertragsschluß anlangt, so kann auf das eben zu Staudingers Ansicht Bemerkte verwiesen werden.

Matthiessen nimmt offenbar weiter an, daß es einen Unterschied macht, ob das Gesetz einen Anspruch in besonderer Gesetzesvorschrift („ausdrücklich") für nichtig erklärt, oder ob sich das Nichtvorhandensein eines Anspruchs aus dem Fehlen einer Rechte gewährenden Norm für den betreffenden Tatbestand ergibt.

Daß diese Unterscheidung unhaltbar ist, wurde schon oben (S. 62) gezeigt: Wo das Gesetz bei Fehlen einer Voraussetzung einen Anspruch — genauer seine Grundlage — in besonderer Vorschrift für nichtig erklärt, da geschieht dies nicht, um gegenüber der Folge des Fehlens anderer Voraussetzungen ein „Nichtvorhandensein störterer Art" anzuordnen. Vielmehr geschieht dies lediglich, um Zweifel an der Nichtigkeit des Anspruchs zu beheben, die bei Fehlen der betreffenden Norm, etwa des § 125 oder des § 139 BGB entstehen könnte.

Die Ausführungen Matthiessens sind demnach in vollem Umfang abzulehnen.

b) Mit Rechtsprechung und Schrifttum ist dem § 242 BGB rechtsbegründende Wirkung auch entgegen der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes zuzuschreiben.

Denn das Gesetz selbst gibt, wie gezeigt, in § 112 Abs. 1 BGB und auch in anderen Normen von der rechtsbegründenden Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben aus. Es ist keinerlei Grund ersichtlich, warum gerade § 242 BGB Treu und Glauben auf rechtshindernde Bedeutung beschränken sollte[48]). Im Gegenteil, der Wortlaut des § 242 BGB, von dem auszugehen ist, läßt eine Erweiterung dieser Vorschrift nach der rechtsbegründenden Seite naheliegend [illegible]

[47]) Dies bezieht sich auf § 125 BGB; denn Matthiessen erörtert die Lösung derjenigen Fälle, in denen das Reichsgericht mittels des Grundsatzes der unzulässigen Rechtsausübung trotz Nichtigkeit des Vertrags zu Ansprüchen aus Vertragserfüllung gekommen ist.

[48]) vgl. Oertmann, BGB, Allg. Teil, S. 709.

scheinen als nach der rechtsvernichtenden. Denn § 254 BGB wendet sich an den *Schuldner* mit dem Gebot, so zu leisten, wie Treu und Glauben es erfordert. Anerkennt man nun mit der herrschenden Meinung[49]), daß § 242 BGB nicht nur regle, *wie* der Schuldner leisten muß, sondern auch *ob* er leisten muß, so liegt es nahe, in erster Linie zu sagen, § 242 BGB befehle über seinen Wortlaut hinaus dem Schuldner, *auch dann* zu leisten, wenn sich eine solche Pflicht zwar nicht aus den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften, wohl aber aus Treu und Glauben ergibt.

Sonach ist die rechtsbegründende Wirkung des § 242 BGB zu bejahen.

Was die Frage betrifft, ob § 242 BGB nur in den Gebieten echter Gesetzeslücken, d. h. bei völligem Fehlen ausdrücklicher Vorschriften, subjektive Rechte zu begründen vermag, oder ob ihm diese Wirkung auch entgegen vorhandenen positiven Normen zukommt, so ist dazu folgendes zu sagen:

Anerkannt ist, daß die *rechtshindernde* Wirkung des § 242 BGB, die ihren Ausdruck im Einwand der unzulässigen Rechtsausübung findet, gerade dort eingreift, wo die ausdrücklichen Vorschriften subjektive Rechte gewähren. In seiner Bedeutung als Rechtsausübungsschranke dient also § 242 BGB der Korrektur der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes. Weiter wurde festgestellt, daß diese Vorschrift auch rechtsbegründende Wirkung hat.

Es spricht nichts dafür, daß die rechtsbegründende Wirkung des § 242 BGB schwächer sein könnte als die rechtshindernde.

Wenn der Gedanke von Treu und Glauben es überhaupt ermöglicht, im Einzelfall entgegen den ausführlichen Gesetzesbestimmungen zu entscheiden, so muß er diese Wirkung *allen* positiven Normen gegenüber haben, nicht nur gegenüber denjenigen, welche Rechte gewähren. Denn innerhalb der gesetzlichen Regelung besteht kein Rangunterschied in der Hinsicht, daß die Rechte *versagenden* Vorschriften etwa stärker und daher einer Korrektur unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unzugänglicher wären als die Rechte *gewährenden* Normen.

Es ist daher dem § 242 BGB auch in seiner Bedeutung als Anspruchsgrundlage die Kraft zuzuschreiben, im Einzelfall entgegen der ausdrücklichen Regelung des Gesetzes zu entscheiden.

Nach allem ist festzustellen:
§ 242 BGB hat nicht nur als Rechtsausübungsschranke Bedeutung. Er enthält auch die Anordnung, daß subjektive Rechte dann entstehen,

[49]) vgl. oben S. 17.

wenn dies in Sonderfällen zwar den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen widerspricht, aber vom Rechtsempfinden des Volkes (Treu und Glauben) gefordert wird.

§ 18. Anwendung des § 242 BGB in seiner Bedeutung als Anspruchsgrundlage auf die aus dem Anwendungsbereich des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ausgeschiedenen Fälle. Rechtspolitische Bedenken gegen diese Lösung.

I. Anwendung des § 242 BGB.

Es wurde oben (S. 55) ausgeführt, daß die aus dem Anwendungsbereich des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ausgeschiedenen Fälle nur dann richtig gelöst werden können, wenn aus dem geltenden Recht ein Rechtssatz entnommen werden kann, der subjektive Rechte in Sonderfällen auch dort zu stützen vermag, wo die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen sie — entgegen dem Rechtsempfinden des Volkes — versagen. Die Untersuchung hat ergeben, daß § 242 BGB eine solche Anordnung enthält. Sonach ist diese Vorschrift, und zwar in ihrer Bedeutung als Anspruchsgrundlage diejenige Norm, welche eine Lösung der erörterten Fälle ermöglicht.

1. Dies soll an Hand der angeführten Beispielsfälle nachgewiesen werden.

Die zu entscheidenden Tatbestände[50]) weisen, folgende gemeinsamen Merkmale auf:

Die eine Partei (A) leitet aus einem mit der Gegenpartei (B) geschlossenen Vertrage einen Erfüllungsanspruch her. Der Vertrag, die Grundlage dieses Anspruchs, leidet an einem Mangel, der nach der ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen seine Nichtigkeit herbeigeführt und damit das Entstehen eines Erfüllungsanspruchs verhindert hat.

Infolge der besonderen Umstände des Einzelfalles widerspricht es dem Rechtsempfinden, der Partei A nicht gleichwohl einen Anspruch zuzuerkennen, der inhaltlich dem Erfüllungsanspruch aus dem nichtigen Vertrage gleicht.

[50]) s. oben S. 32 ff.

Hier greift § 242 BGB — genauer: der in ihm enthaltene Rechtsgedanke — als Anspruchsgrundlage ein:

Er gebietet der Partei B nach Treu und Glauben zu leisten. Da es nach der Sachlage dem Rechtsempfinden entspricht, der Partei A dasjenige zuzusprechen, was sie bei Gültigkeit des Vertrags beanspruchen könnte, so ist die Partei B nach § 242 BGB verpflichtet, dieselbe Leistung zu erbringen, welche die Partei A bei Gültigkeit des Vertrags fordern könnte.

Partei A hat daher nach § 242 BGB einen Anspruch, der inhaltlich dem nicht zustande gekommenen vertraglichen Erfüllungsanspruch völlig gleicht[51]).

Kaum erwähnt zu werden braucht, daß im Prozeß diejenige Partei, welche aus § 242 BGB einen Anspruch herleitet, die Tatsachen zu behaupten und erforderlichenfalls zu beweisen hat, welche ergeben, daß die Gegenpartei nach Treu und Glauben verpflichtet ist, die geforderte Leistung zu erbringen. Welche Tatsachen dies sind, ist natürlich nach Lage des einzelnen Falles immer verschieden; sie decken sich aber immer mit denjenigen, welche nach der Konstruktion des Reichsgerichts die „Berufung auf die Nichtigkeit des Vertrags" treuwidrig erscheinen lassen.

2. Der Unterschied zu der als falsch erkannten Konstruktion des Reichsgerichts ist offensichtlich.

Das Reichsgericht wendet den „Einwand der unzulässigen Rechtsausübung", der Ausdruck der rechtshindernden Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben ist, an, um den Vortrag der Partei B wirkungslos zu machen, soweit sich aus ihm die Nichtigkeit der Anspruchsgrundlage ergibt. Dadurch wird eine bewußt mit der wirklichen Sachlage nicht übereinstimmende Urteilsgrundlage geschaffen. Auf diese unrichtige Urteilsgrundlage werden die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen angewendet. Sie ergeben, da Formnichtigkeit bzw. Teilnichtigkeit der Anspruchsgrundlage außer Betracht bleibt, einen „Anspruch" auf Erfüllung, der allerdings nach der wirklichen Sachlage nicht vorhanden ist.

Bei Anwendung des § 242 BGB in seiner Bedeutung als rechtsbegründende Norm wird die wirkliche Sachlage, wie sie sich aus dem Vortrag beider Parteien ergibt, der Entscheidung zugrunde gelegt. Da die Nichtigkeit der vertraglichen Anspruchsgrundlage demnach beachtet wird, ergeben die ausdrücklichen Gesetzesvorschriften

[51]) vgl. dazu Schlempp in ZAkDR 1938 S. 854, der freilich vom „Einwand der unzulässigen Rechtsausübung" ausgeht.

keinen Anspruch auf Erfüllung. Aus § 242 BGB aber ergibt sich ein Anspruch, der dem nicht entstandenen Erfüllungsanspruch inhaltlich völlig gleicht.

Aus dieser Gegenüberstellung wird klar, daß die Konstruktion des Reichsgerichts nicht nur unrichtig ist, sondern auch einen völlig überflüssigen Umweg darstellt.

Nach allem ist festzustellen:

§ 242 BGB in seiner Bedeutung als Anspruchsgrundlage ermöglicht eine richtige Lösung derjenigen Fälle, die aus dem Anwendungsbereich des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung ausgeschieden wurden.

II. Rechtspolitische Bedenken gegen diese Lösung.

Matthiessen[52]) macht gegen die hier vertretene Ansicht, die er zu Unrecht aus rechtstechnischen Gründen ablehnt (unten S. 64), auch rechtspolitische Bedenken geltend. Er führt aus, daß man der „bloßen Berufung auf Treu und Glauben" keine rechtsbegründende Kraft zuschreiben dürfe, weil sonst die Formvorschriften, also die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen, „verwässert" würden.

Wenn auch rechtspolitische Bedenken an der Richtigkeit der gefundenen Lösung nichts ändern können, so soll doch kurz darauf eingegangen werden:

Matthiessens Einwendungen sind dieselben, die früher[53]) gegen die Anerkennung der rechtshindernden Wirkung des Gedankens von Treu und Glauben, die exceptio dolis generalis, erhoben wurden. Sie richten sich gegen den Gedanken, daß der in § 242 BGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgrundsatz überhaupt die Anordnung enthalte, im Einzelfall gegen die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen zu entscheiden, wenn sie infolge ihrer Mängel zu ungerechten Ergebnissen führen würden. Ob dabei die Ungerechtigkeit, die auszugleichen ist, darin besteht, daß dem Einzelnen zu viel, oder darin, daß ihm zu wenig Rechtsmacht verliehen wird, ist im Grundsatz unerheblich.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus sind diese Einwendungen nicht stichhaltig.

[52]) aaO S. 2426.
[53]) vgl. Anm. 3 oben S. 11.

Daß Rechtssicherheit im Sinne der Vorherbestimmbarkeit jeder Entscheidung an Hand der ausdrücklichen Gesetzesvorschriften nicht erstrebenswert ist, wurde oben (S. 12) dargetan.

Zu den Ausführungen Matthiessens mag noch folgendes bemerkt werden:

Matthiessen bringt in seinen Darlegungen zum Ausdruck, daß seiner Ansicht nach die Anerkennung der rechtsbegründenden Kraft von Treu und Glauben subjektive Rechte ohne besondere Voraussetzungen entstehen lassen würde („die bloße Berufung auf Treu und Glauben"), und daß die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen dadurch in ihrer Bedeutung herabgesetzt („verwässert") würden.

Dem ist folgendes entgegen zu halten: Die Anerkennung des § 242 BGB als Anspruchsgrundlage bedeutet nicht, daß Ansprüche entgegen der gesetzlichen Regelung schon immer dann entstehen sollen, wenn dies dem Einzelnen billig erscheint[54]). Vielmehr liegt in der Verweisung auf Treu und Glauben eine Bezugnahme auf das Rechtsempfinden des Volkes; nur wenn dieses das Entstehen eines subjektiven Rechts fordert, sind die Voraussetzungen des § 242 BGB erfüllt.

Das Rechtsempfinden unseres Volkes ist heute – wie seine Weltanschauung, von der es abhängt – gefestigt und einheitlich[55]). Es bietet, anders als früher, dem Richter einen festen Maßstab für seine Entscheidungen. Es ist daher nicht richtig, von einer „bloßen" Berufung auf Treu und Glauben zu sprechen; denn die Begründung eines Rechts auf § 242 BGB entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung setzt nicht wenig, sondern viel voraus, nämlich die Uebereinstimmung einer solchen Entscheidung mit dem Rechtsempfinden des Volkes trotz abweichender ausdrücklicher gesetzlicher Regelung. Im Normalfalle stimmt die durch die positiven Normen getroffenen Regelung natürlich mit dem Rechtsempfinden des Volkes überein. Denn es ist ja eben der Zweck des Gesetzes, die Gerechtigkeit durchzusetzen. Nur in ganz besonders gelagerten Fällen versagt die ausdrückliche gesetzliche Regelung infolge ihrer Unvollkommenheit; es entsteht eine Kluft zwischen Recht und Gesetz, und zwar so lange, bis der Gesetzgeber ändernd angreift.

Nur in diesen Fällen, welche immer seltene Ausnahmen darstellen, fordert das Rechtsempfinden des Volkes (Treu und Glauben) eine Entscheidung entgegen den positiven Normen. Insbesondere aber kann, wie noch einmal betont werden muß, die Anerkennung des § 242 BGB

[54]) Dies wäre, wie Hedemann, Flucht in die Generalklauseln, insbesondere S. 76, nachgewiesen hat, in der Tat unhaltbar.

[55]) Kreller, Arch. ziv. Praxis Bd. 138 S. 242 ff, insbes. S. 244.

als Anspruchsgrundlage nie zu einer schädigenden Zurückstellung der Belange der Volksgemeinschaft führen. Denn das Rechtsempfinden des Volkes, auf das § 242 BGB richtiger Ansicht nach verweist, stellt immer Gemeinnutz vor Eigennutz. Nie wird daher auf diese Vorschrift ein subjektives Recht gegründet werden können, wenn seine Anerkennung irgendwelchen Interessen der Volksgemeinschaft zuwiderläuft, mag es auch vom Standpunkt des Einzelnen aus „billig" erscheinen, ihm das Recht zu gewähren.

Es ist daher nicht gerechtfertigt, eine uferlose Entstehung von Rechten auf Grund des § 242 BGB zu befürchten. Diese wird immer Ausnahme bleiben, eben weil sie viel voraussetzt.

Die Richtigkeit dieser Ansicht wird auch durch die Rechtsprechung zum Einwand der unzulässigen Rechtsausübung erwiesen. Auch die Anwendung dieses Rechtsbehelfs bedeutet ja Entscheidung gegen die ausdrückliche Gesetzesregelung; er verkörpert die andere Seite der Fehler ausgleichenden Wirkung des § 242 BGB, nämlich die rechtshindernde. Die Anerkennung und Anwendung dieses Rechtsbehelfs durch die Praxis hat nun keineswegs zu einer uferlosen Begrenzung subjektiver Rechte entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung geführt. Vielmehr ist seine Anwendung immer auf ungewöhnlich gelagerte Lebenstatbestände beschränkt geblieben. Es besteht kein Grund anzunehmen, daß die Anerkennung des Gegenstückes, der rechtsbegründenden Wirkung von Treu und Glauben, andere und weitergehende Auswirkungen haben sollte.

Wenn nun in Ausnahmefällen das Rechtsempfinden des Volkes die Entstehung von Rechten auch entgegen der ausdrücklichen Regelung fordert, so bedeutet die Anerkennung des § 242 BGB als Anspruchsgrundlage keine „Verwässerung" der ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen. Vielmehr dient der in § 242 BGB enthaltene Grundgedanke in seiner rechtsvernichtenden Wirkung dazu, das Ziel der Rechtsordnung zu verwirklichen, das mittels der ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen allein infolge ihrer Mangelhaftigkeit nicht erreicht werden kann, nämlich die Durchsetzung der Gerechtigkeit in allen Fällen.

Zusammenfassung und Schluß.

Die wesentlichen Ergebnisse der Arbeit sollen noch einmal zusammengestellt werden:

1. Der auf § 242 BGB gestützte Einwand der unzulässigen Rechtsausübung ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, daß von den ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen gewährte subjektive Rechte nur insoweit vorhanden sind, als ihre Verwirklichung dem Rechtsempfinden des Volkes entspricht.

Er greift dort ein, wo subjektive Rechte, insbesondere Ansprüche und Einreden, im Widerspruch zu den Rechtsanschauungen des Volkes ausgeübt werden. Eine [illegible] Erhebung im Prozeß bewirkt, daß die scheinbare Rechtsausübung als Rechtsüberschreitung erscheint und daher wirkungslos bleibt.

2. Wo es sich darum handelt, daß die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen in Widerspruch zum Rechtsempfinden ein subjektives Recht versagen, kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht Platz greifen, weil er seinem Wesen nach nur gegen (scheinbar) entstandene Rechte gerichtet ist.

Daher sind diejenigen Fälle aus dem Anwendungsbereich dieses Rechtsbehelfs auszuscheiden, in denen es sich um die Begründung von den ausdrücklichen Gesetzesvorschriften versagter Rechte handelt. Insbesondere kann entgegen der Ansicht des Reichsgerichts, der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht dazu führen, aus formnichtigen (§ 125 BGB) oder teilnichtigen (§ 139 BGB) Verträgen Ansprüche auf Erfüllung herzuleiten, wenn dies infolge der besonderen Umstände des Einzelfalls dem Rechtsempfinden entsprechen würde.

3. Die richtige Lösung dieser Tatbestände ist auch nicht, wie das Schrifttum meint, durch Gewährung eines Schadensersatzanspruchs aus Verschulden bei den Vertragsverhandlungen oder § 826 BGB möglich.

Auch ein prozessualer Rechtsbehelf, der auf dem Umweg über die Umgestaltung der Urteilsgrundlage zum Ziel führen würde, kann nicht als geltendes Recht anerkannt werden.

4. Eine richtige Lösung dieser Fälle wird nur ermöglicht durch Anwendung des § 242 BGB in seiner Bedeutung nicht als anspruchvernichtender, sondern als anspruchbegründender Norm.

Die rechtsbegründende Wirkung des § 242 BGB ist mit Rechtsprechung und Schrifttum anzuerkennen; sie greift auch dort ein, wo die ausdrücklichen Gesetzesbestimmungen das Entstehen subjektiver Rechte ablehnen:

§ 242 BGB enthält — neben seiner Bedeutung als Rechtsausübungsschranke — die Anordnung, daß subjektive Rechte in Sonder-

fällen auch entgegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung entstehen und zwar dann, wenn ihre Versagung dem Rechtsempfinden des Volkes (Treu und Glauben) widersprechen würde.

In den vom Reichsgericht unrichtigerweise mittels des Einwandes der unzulässigen Rechtsausübung gelösten Fällen der Begründung von subjektiven Rechten aus formnichtigen Verträgen ergeben sich aus § 242 BGB als rechtsbegründender Norm Ansprüche, die den Erfüllungsansprüchen aus den nichtigen Verträgen inhaltlich völlig gleichen.

Damit ist die richtige Lösung dieser Fälle gefunden.

Die Arbeit hat den Nachweis erbracht, daß dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nur rechtshindernde Wirkung zukommt.

Dieser Rechtsbehelf verkörpert jedoch nur die eine Wirkung des in § 242 BGB zum Ausdruck gekommenen Rechtsgedankens. Dieser hat nicht nur als Rechtsausübungsschranke (Einwand der unzulässigen Rechtsausübung) Bedeutung, sondern auch als Anspruchsgrundlage.

Diejenigen Fälle, in denen es sich um die Begründung nach der ausdrücklichen Gesetzesregelung nicht entstandener Rechte handelt, sind nur dadurch zu lösen, daß § 242 BGB als Anspruchsgrundlage — nicht als Rechtsausübungsschranke — angewendet wird.

Wenn die vorliegende Arbeit dazu beigetragen hat, darüber Klarheit zu schaffen und eine richtige Lösung der betreffenden Fälle durch die Praxis herbeizuführen, so ist ihr Zweck erfüllt.

Schrifttum.

Baumbach, Adolf: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 13. Aufl. 1937.

Brenner, Willi: Die exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts, Frankfurter Diss. 1926.

Cosack, Konrad: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1922.

Danz: Laienverstand und Rechtsprechung, in Iherings Jahrbuch, Bd. 38, S. 373 ff.

Eck, Ernst: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I. Bd., 1. u. 2. Aufl. 1903.

Eckstein, Ernst: Die Einrede der Unsittlichkeit, Arch. bürg. Recht, Bd. 39, S. 367 ff.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1. Allgemeiner Teil, 13. Bearb. 1931.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 12. Bearb. 1928.

Enneccerus-Lehmann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearb. 1932.

Fürst, in JW 1926, S. 1144.

Gadow, Wilhelm: Die Einrede der Arglist, Iherings Jahrbuch, Bd. 84 (1934), S. 174 ff.

* Hachenburg, Max: Das bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge, 2. Aufl. 1900.

Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Hedemann, J. W.: Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht, 1913.

— —: Flucht in die Generalklauseln, 1933.

Herschel, Wilhelm: Die Preisstoppverordnung als zwingendes Recht in DJ 1939, S. 1488.

— —: in JW 1940, S. 481.

Kreller, Hans: in Arch. ziv. Praxis, Bd. 138, S. 242 ff.

Lange, Heinrich: Vom alten zum neuen Schuldrecht, Hamburg 1934.

Larenz, Karl: in DR 1939, S. 1158, 14.

Die jüdischen Autoren sind durch * gekennzeichnet.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 1933; 3. Aufl., 1928.

*Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929.

Manigk, Alfred: Das Problem der Verwirkung, DJZ 1936, Sp. 350 ff.

Matthiessen, in JW 1938, S. 2426.

Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1888.

Neukam: Rechtsbehelfe des Käufers bei Formnichtigkeit des Verpflichtungs-Vertrags nach § 313 BGB bei Baugrundstücken, Diss. Nürnberg 1934.

Oertmann, Paul: Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927.

— —: Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 1. Abtlg. 1928.

Oppermann, W., in JW. 1934, S. 1260 Anm. 2.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Auflage, 1939.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1913.

Planck-Siber: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 4. Aufl., 1914.

v. Poellnitz: Die Arglisteinrede im Erkenntnisverfahren des Zivilprozesses, Breslauer Diss. 1937.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Bd. 1.

Rahn, Hans: Einrede der Arglist gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit von Rechtsgeschäften, Tübinger Diss. 1927.

Reichel, Hans: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte, Arch. civ. Praxis, 104. Bd., S. 1 ff.

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB.
1. Bd. Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1939.
2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 8. Aufl. 1934.

Riezler, Erwin: Venire contra factum proprium, 1912.

Schneider, Konrad: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1902.

Schoenke, Adolf: Zivilprozeßrecht, 1938.

Siber, Heinrich: Auslegung und Anfechtung der Verfügungen von Todes wegen, in: Die Reichsgerichtspraxis, 1929, 3. Bd., S. 350 ff.

Siebert, Wolfgang: Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934.

: Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 27. 10. 1931, JW. 1932, S. 943 f.

: Zum Begriff der Verwirkung, JW 1932, S. 2384 ff.

: Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 6. 10. 1933, JW 1934, S. 97 ff.

Stammler, Rudolf: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1892.

Staudinger-Riezler: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1936.

Staudinger-Werner: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, 9. Aufl. 1930.

Stoll, Heinrich: Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 21. 5. 1927, JW. 1927, S. 2118 ff.

- - : Anmerkung zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. 11. 1933, JW. 1934, S. 372.

: Haftung für das Verschulden während der Vertragsverhandlungen, LZ 1923, S. 1 ff.

Störmer, Herbert: Die sog. exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf die Formnichtigkeit, Erlanger Diss. 1936.

Tholl: Die Einrede der allgemeinen Arglist gegenüber Formvorschriften, Breslauer Diss. 1930.

Tschischgale, Max: Die Rechtsnatur der Verwirkung, Berliner Diss. 1937.

Warneyer, Otto: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. 1923.

Wendt: Die exceptio doli generalis im heutigen Recht oder Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse, im Arch. ziv. Praxis, Bd. 100, S. 1 ff.

Lebenslauf.

Am 30. März 1915 wurde ich, Helmut Gerhard Horn, als Sohn des Arztes, Dr. med. Gustav Horn und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Ehmendörfer, in Böhringen geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. In Stuttgart besuchte ich das Eberhard-Ludwigs-Gymnasium und legte dort im Frühjahr 1933 die Reifeprüfung ab. Um Philologie zu studieren, besuchte ich vom SS. 1933 bis zum SS. 1934 die Universität Tübingen, im SS. 1934/35 die Universität München, und im SS. 1935 wieder die Universität Tübingen. Zu Anfang des WS. 1935/36 wechselte ich das Studiengebiet und widmete mich vom WS. 1935/36 bis zum WS. 1938/39 dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen. Im Juni 1939 bestand ich beim Justizprüfungsamt in Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung. Zur Ableistung des Vorbereitungsdienstes wurde ich zuerst dem Amtsgericht Waiblingen und dann dem Landgericht Stuttgart als Gerichtsreferendar zugeteilt.